



MAIO-AGOSTO 2025

Vol 26 nº 02

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.*)



MAIO-AGOSTO 2025

Vol 26 nº 02

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. 26, n. 2, maio-ago 2025

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 Guimarães 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, Brasil
Flávia 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 DEPEXT 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. 26, n. 2, (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:



Financiamento:



Signatário:



SUMÁRIO

JULGAMENTOS VIRTUAIS X (TELE)PRESENCIAIS: TESTANDO EMPIRICAMENTE A INFLUÊNCIA DO PLENÁRIO VIRTUAL COMO FATOR DECISÓRIO NAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DO TJPE EM 2022	
<i>Alexandre de Paula Filho</i>	07
<i>João Paulo Pessoa Pereira Lustosa</i>	
<i>Lúcio Grassi de Gouveia</i>	
DEZ ANOS DA EDIÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2025. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: ESCORÇO LEGISLATIVO PARA A SUA MELHOR COMPREENSÃO	
<i>Aluisio Gonçalves de Castro Mendes</i>	44
<i>Carolina Paes de Castro Mendes</i>	
PROCEDURAL GOOD FAITH AS A PRINCIPLE OF JUSTICE	
<i>Anastasia V. Melnikova</i>	55
FALSAS VERDADES. O IMPACTO DAS ALUCINAÇÕES DE IA NOS PROCESSOS JUDICIAIS ADMINISTRATIVOS	
<i>Bárbara Magalhães</i>	73
<i>Fátima Matos</i>	
SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES, SEUS EFEITOS (RETROATIVO OU PROSPECTIVO) E O EFEITO SUSPENSIVO DE APLICABILIDADE DA SUPERAÇÃO PARA ANÁLISE DE EVENTUAL MODULAÇÃO	
<i>Bruno Augusto Sampaio Fuga</i>	96
O CABIMENTO DO IRDR NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO JULGADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR	
<i>Camilo Zufelato</i>	111
<i>Fernando Antônio Oliveira</i>	
<i>Victor Dantas de Maio Martinez</i>	
SOBRE A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS	
<i>Carlos Frederico Bastos Pereira</i>	137
PANORAMA JURISPRUDENCIAL SOBRE O CONTROLE SUBSTANCIAL DA SENTENÇA ARBITRAL	
<i>Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues</i>	159
<i>Felipe Gomes de Almeida Albuquerque</i>	
DA CORRELAÇÃO BIUNÍVOCA ENTRE GARANTIAS PENAIIS E PROCESSUAIS PENAIIS: REFLEXÕES SOBRE O CARÁTER CONDICIONANTE DO PROCESSO EM RELAÇÃO À CULPA	
<i>Daniel Prates Sternick</i>	176
<i>Michel Wencland Reiss</i>	
ACESSO AO MÉTODO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO COMO DERIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
<i>Daniel Secches Silva Leite</i>	194
THE ABUSE OF PROCESS DOCTRINE IN THE ANGLO-SAXON SYSTEM: A RECONSTRUCTION AT THE ANTIPODES OF THE EUROPEAN SYSTEM	
<i>Dimitris Liakopoulos</i>	213
MEDIAZIONE CIVILE OBBLIGATORIA, L'ESPERIENZA ITALIANA. IL "CORRETTIVO" 25.01.2025. ULTERIORE PASSO AVANTI	
<i>Giovanni Matteucci</i>	264

O INSTITUTO DA ARBITRAGEM: A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO, OS CUSTOS DE TRANSACÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS	
<i>Hugo Garbe</i>	296
<i>Marcelo Sasso Gonzalez</i>	

DECISÃO DE INVESTIMENTO, SEGURANÇA JURÍDICA E SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	
<i>Humberto Dalla Bernardina de Pinho</i>	323
<i>Maurilio Guignoni Dutra</i>	

OS EFEITOS DAS MUDANÇAS EFETIVADAS PELA LEI 14.879/24 NA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUAS RAZÕES E ADEQUADA APLICAÇÃO	
<i>Humberto Santarosa de Oliveira</i>	344

ASPECTOS PROCESSUAIS SOBRE A PROVA DIGITAL: A LEGITIMIDADE DA DECISÃO NO CONTEXTO DA VIRADA TECNOLÓGICA	
<i>Igor Alves Noberto Soares</i>	363
<i>Vicente de Paula Maciel Júnior</i>	

VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS PROCESALES POR EL TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES RECONVENCIONALES EN EL PROCESO DECLARATIVO	
<i>Jairo Pinto Buelvas</i>	388
<i>Eliécer Mier Zúñiga</i>	
<i>Daniel Herazo Herrera</i>	

O PAPEL DOS SUJEITOS NA JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA A CASOS CÍVEIS JUDICIALIZADOS: PROTAGONISMO OU SUBSTITUIÇÃO?	
<i>João Renato Rodrigues Siqueira</i>	403
<i>Sandoval Alves da Silva</i>	
<i>Camille de Azevedo Alves Siqueira</i>	

A “PRIVATIZAÇÃO” DO MODELO EXECUTIVO PORTUGUÊS E A SUA COMPARAÇÃO COM O PROCESSO DE EXECUÇÃO CIVIL BRASILEIRO	
<i>Luís Manuel Pica</i>	429

POR UMA TEORIA DA DECISÃO EM PERSPECTIVA GARANTISTA	
<i>Marcelo Pereira de Almeida</i>	444
<i>Lília Nunes Silva</i>	

BOA-FÉ PROCESSUAL E ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO: O ASSÉDIO PROCESSUAL DEFINIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E OUTRAS MODALIDADES ESTRANGEIRAS DE ILÍCITO PROCESSUAL	
<i>Marcelo Veiga Franco</i>	469
<i>Guilherme Costa Leroy</i>	

CONTRIBUIÇÕES DE MODELOS PROCESSUAIS PENAIIS LATINO-AMERICANOS REFORMADOS PARA (RE)PENSAR A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO BRASIL	
<i>Marco Aurélio Nunes da Silveira</i>	496
<i>Gabriel Rodrigues de Carvalho</i>	

A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS COLETIVAS ESTRANGEIRAS NO BRASIL	
<i>Marco Bruno Miranda Clementino</i>	518
<i>Lucas José Bezerra Pinto</i>	

ASPECTOS PRÁTICOS SOBRE O PROCESSO DE MEDIAÇÃO NO ÂMBITO JUDICIAL: UM CAMINHO RACIONAL RUMO À AUTOCOMPOSIÇÃO	
<i>Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão</i>	542

FEATURES OF MEDIATION AS AN ALTERNATIVE METHOD OF SETTLEMENT OF FAMILY DISPUTES: LEGAL PROVISION AND PRACTICE IN UKRAINE AND EU COUNTRIES*Olga Tymoshenko*

564

Iryna Petrova

A (IR)RECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE RECUSA A INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE: UMA ANÁLISE À LUZ DO ACESSO À JUSTIÇA*Osmar Mendes Paixão Côrtes*

586

Igor Itapary Pinheiro

ESFERA PÚBLICA DELIBERATIVA OU ESPELHO DA REALIDADE? AS APOSTAS DE JÜRGEN HABERMAS E MICHELE TARUFFO PARA A JUSTIÇA PROCEDIMENTAL*Reimilan Seneterri da Silva Rodrigues*

614

AS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DOS LIMITES DA NEGOCIAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL ATÍPICA E A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*Rosalina Moitta Pinto da Costa*

653

Gerfison Soares Silva

VEGA GONZÁLEZ Y OTROS C. CHILE: COSA JUZGADA E IMPLEMENTACIÓN CONVENCIONAL*Sebastián López Escarcena*

678

Priscila Machado Martins

A RELAÇÃO ENTRE A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E AS DECISÕES LIMINARES EM CAUSAS DE TUTELA À SAÚDE: IMPORTÂNCIA DAS DECISÕES PROFERIDAS DE MODO INITIO LITIS E IN AUDITA ALTERA PARTE PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO PROCESSUAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO EM DEMANDAS ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE

707

*Sergio Torres Teixeira**Leonardo Brito Barros*

ONLINE DISPUTE RESOLUTION- ODR EM MATÉRIA TRABALHISTA. EXPECTATIVA E REALIDADE NA SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO*Thais Miranda Oliveira Magalhães*

734

FATO E PROVA NOS RECURSOS EM SEGUNDA INSTÂNCIA - VIESES COGNITIVOS E REFLEXÕES URGENTES*William Santos Ferreira*

750

JULGAMENTOS VIRTUAIS X (TELE)PRESENCIAIS: TESTANDO EMPIRICAMENTE A INFLUÊNCIA DO PLENÁRIO VIRTUAL COMO FATOR DECISÓRIO NAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DO TJPE EM 2022.¹

VIRTUAL X (TELE)PRESENTIAL TRIALS: EMPIRICALLY TESTING THE INFLUENCE OF THE VIRTUAL PLENARY AS A DECISION-MAKING FACTOR IN THE TJPE PUBLIC LAW CHAMBERS IN 2022.

Alexandre de Paula Filho

Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Bolsista da Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco (FACEPE). Especialista em Direito Médico e da Saúde pelo Instituto dos Magistrados de Pernambuco (IMP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Professor universitário no Centro Universitário Frassinetti do Recife (UniFafire) e Advogado. E-mail: adepaulafl@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3247-8140>

João Paulo Pessoa Pereira Lustosa

Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, e bolsista pela CAPES/PROSUC. Pós-graduado em Processo Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Advogado Tributarista na Martorelli Advogados. Membro da Comissão de Assuntos Tributários (CAT) da OAB/PE. E-mail: joaopaulo1_@hotmail.com.

Lúcio Grassi de Gouveia

Doutor em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa. Mestre em Direito pela UFPE. Professor Adjunto III da Universidade Católica de Pernambuco (Graduação, Mestrado, Especialização e Doutorado). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Processo, Linguagem e Tecnologia da Universidade Católica de Pernambuco. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. Secretário Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da Associação Norte-Nordeste dos Professores de Processo. Juiz de Direito em Recife/PE. Parecerista em diversas revistas científicas jurídicas. E-mail: luciograssi13@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4452-6541>

RESUMO: Como a virtualização do julgamento pode influenciar o seu resultado? Com base nesse problema

de pesquisa, a presente investigação pretendeu testar empiricamente a influência do Plenário Virtual como fator

¹ Artigo recebido em 24/10/2023 e aprovado em 30/06/2024.

decisório nas Câmaras de Direito Público do TJPE em 2022. A problemática emergiu do senso comum de que os resultados dos processos julgados virtualmente tendem a ser improvidos, sendo esta a hipótese central da pesquisa. Do ponto de vista teórico, a virtualização do julgamento é um fator metaprocessual que pode interferir na tomada de decisão. À luz da psicologia cognitiva e da economia comportamental, tal fator é capaz de gerar vieses cognitivos, notadamente ligados à tendência em confirmar a decisão já tomada por um par. Contudo, a problematização em questão demanda uma análise empírica do problema. Assim, para responder à pergunta de pesquisa, foi necessário: (i) identificar os regramentos relativos à eleição processual para julgamentos virtuais; (ii) analisar o fator decisório metaprocessual e sua incidência sobre a virtualização do julgamento; (iii) levantar e catalogar os dados nos seguintes grupos: (a) Número do Processo Único - NPU; (b) órgão julgador; (c) data de julgamento; (d) tipo de julgamento (virtual ou não); (e) resultado do julgamento (improvido ou provido); e (iv) verificar as informações e dados colhidos. Para tanto, a metodologia utilizada foi empírica, de natureza quantitativa, com análise descritiva. Com isso, foi possível verificar que há uma divergência estatística a partir da forma de julgamento, havendo maior tendência de as Câmaras de Direito Público do TJPE julgarem improvidos os recursos em julgamentos virtuais, confirmando-se a hipótese levantada. Ao fim e ao cabo, a presente pesquisa tem utilidade prática ao cotidiano do

operador de direito, seja ao magistrado interessado em inibir modelos de julgamento que o enviesam, seja aos advogados e interessados em julgamentos mais favoráveis às suas partes recorrentes a título de estratégia de minimização dos riscos de sucumbência.

PALAVRAS-CHAVE: Plenário Virtual; fator decisório; TJPE; Câmara de Direito Público.

ABSTRACT: How can the virtualization of judgment influence the result? Based on this research problem, this investigation intended to empirically test the influence of the Virtual Plenary as a decision-making factor in the TJPE Public Law Chambers in 2022. The problem emerged from the common sense that processes judged virtually tend to be improvised, this being the central hypothesis of the research. From a theoretical point of view, the virtualization of judgment is a metaprocedural factor that can interfere with decision making. In the light of cognitive psychology and behavioral economics, this factor is capable of generating cognitive biases, notably linked to the tendency to confirm the decision already made by a peer. However, the problematization in question demands an empirical analysis of the problem. Therefore, to answer the research question, it was necessary: (i) identify the rules related to the procedural election for virtual trials; (ii) analyze the metaprocessual decisory factory and his incidence about the virtualization of judgment; (iii) collect and catalog the data in the following

groups: (a) Unique Process Number - NPU; (b) law chamber; (c) trial date; (d) type of trial (virtual or not); and (e) judgment outcome (improvised or provided); (iv) verify the collected information and datas. For this purpose, the methodology used was empirical, quantitative in nature, with descriptive analysis. With this, it was possible to verify that there is a statistical divergence from the form of judgment, with a greater tendency for the Public Law Chambers of the TJPE to dismiss appeals in virtual trials, confirming the hypothesis raised. In the end, this research has practical utility for the day-to-day life of legal practitioners, whether for magistrates interested in inhibiting judgment models that bias them, or for lawyers interested in judgments that are more favorable to their appellant parties as a strategy of minimizing the risks of succumbing.

KEY-WORDS: Virtual Plenary; decision-making factor; TJPE; Public Law Chambers

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta uma pesquisa empírica-quantitativa sobre a influência do Plenário Virtual como fator decisório nas Câmaras de Direito Público do TJPE em 2022. O problema emergiu de uma ideia do senso comum de que os resultados dos processos julgados em ambiente exclusivamente eletrônico, sem a interação dos membros julgadores e sem a participação de advogados, tendem a ser improvidos, enquanto os resultados dos demais processos tenderiam a ser

providos, total ou parcialmente, sendo esta a hipótese central deste artigo.

Inicialmente, será realizada revisão bibliográfica acerca dos regimentos relativos ao Plenário Virtual, a partir de sua criação pelo STF até a sua chegada ao TJPE, notadamente em relação ao critério de elegibilidade, para que seja realizada uma análise do instituto como um possível influenciador meta-processual nos julgamentos realizados. Na sequência, por um levantamento quantitativo, pormenorizadamente explicado em tópico próprio, realizar-se-á um levantamento dos acórdãos proferidos no âmbito das Câmaras de Direito Público do TJPE, com julgamentos realizados em 2022, e cujas Atas de Julgamento estão disponíveis no site do tribunal, a fim de contabilizar o total de acórdãos a serem analisados.

A partir do levantamento, apurar-se-á como a virtualização do julgamento pode influenciar o seu resultado, possibilitando a resposta ao problema de pesquisa e eventual proposição de soluções para a sua eliminação ou, ao menos, sua mitigação.

1. O PLENÁRIO VIRTUAL: REGIMENTOS E ELEGIBILIDADE NO TJPE

A sessão de julgamento eletrônica foi introduzida no sistema judicial brasileiro através da Emenda Regimental (ER) nº 21, de 30 de abril de 2007 (ER 21/07), do Supremo Tribunal Federal (STF).

Tal introdução adveio da criação da repercussão geral pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004,

disciplinada pela Lei Federal nº 11.418/2006² por meio da qual se permitiu a análise da existência ou não desse requisito no STF.

Esse mecanismo de votação eletrônico veio a ser conhecido e chamado de Plenário Virtual³.

Devemos ressaltar que a palavra “plenário” é usada para designar um espaço de tomada de decisão, e não um órgão julgador, de tal forma que o Plenário Virtual se caracteriza por ser um espaço decisório em que são tomadas decisões tanto pelo Tribunal Pleno quanto pelas Turmas do STF. Também é preciso não confundir o Plenário Virtual com as sessões por videoconferência, que ocorrem

*de forma síncrona e são transmitidas pelos canais oficiais.*⁴

Posteriormente, ampliou-se as competências do Plenário Virtual no âmbito do STF, através da ER nº 42, de 02 de dezembro de 2010 (ER 42/10), da ER nº 51, de 22 de junho de 2016 (ER 51/16), da Resolução nº 642, de 14 de junho de 2019 (Resolução nº 642/19), da Resolução nº 669, de 19 de março de 2020⁵, ocasionando diversas críticas relacionadas ao desenho institucional, à falta de transparência, ao voto tácito, à discricionariedade e à deficiência de fundamentação dos ministros⁶.

Com o advento da Lei nº 13.105/15 - Código de Processo Civil (CPC), o legislador incluiu no art. 945⁷

² GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do Plenário Virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 277-298, 2 maio 2022. Semestral. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v12i1.8147>, p. 279.

³ PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; COSTA, Alexandre Araújo. O PLENÁRIO VIRTUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: evolução das formas de julgamento e periodização. *REI - Revista Estudos Institucionais*, [S.L.], v. 8, n. 1, p. 62-87, 30 maio 2022. *Revista Estudos Institucionais*. <http://dx.doi.org/10.21783/rei.v8i1.666>, p. 65.

⁴ *Ibid*, p. 63.

⁵ PASSOS, Hugo Assis; SANTOS, Cleopas Isaías; DE OLIVEIRA, João Rafael. A ampliação da competência do Plenário Virtual no Supremo Tribunal Federal no cenário da crise de saúde gerada pelo COVID 19. *IDP Law Review*, [S. L.], v. 1, n. 1, p. 258-284, 2021, p. 261-262. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawr>

[view/article/view/5396](http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawr/view/article/view/5396). Acesso em: 8 maio. 2023.

⁶ COELHO, Damares Medina. *A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. 255 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

⁷ Art. 945. A critério do órgão julgador, o julgamento dos recursos e dos processos de competência originária que não admitem sustentação oral poderá realizar-se por meio eletrônico.

§ 1º O relator cientificará as partes, pelo Diário da Justiça, de que o julgamento se fará por meio eletrônico.

§ 2º Qualquer das partes poderá, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentar memoriais ou discordância do julgamento por meio eletrônico.

§ 3º A discordância não necessita de motivação, sendo apta a determinar o julgamento em sessão presencial.

§ 4º Caso surja alguma divergência entre os integrantes do órgão julgador durante o julgamento eletrônico, este ficará imediatamente suspenso, devendo a causa ser apreciada em sessão presencial.

dispositivo expresso, o qual disciplinava superficialmente sobre o mecanismo de julgamento, mas foi revogado antes mesmo de entrar em vigor, durante o período de *vacatio legis* do CPC, através do art. 3º da Lei Federal nº 13.256/2016, ocasionando uma omissão legislativa no âmbito nacional.

Em decorrência do mecanismo inaugurado pelo STF e da omissão legislativa nacional, tal instrumento foi importado pelos demais tribunais, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal Superior do Trabalho (TST), bem como pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁸, que passaram a instituir e adotar o mecanismo através de seus normativos internos, a exemplo de Regimentos Internos, Emendas Regimentais ou Instruções Normativas.

No âmbito do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), o Plenário Virtual foi introduzido a partir do art. 210 do Regimento Interno do TJPE (RITJPE) e disciplinado na Instrução Normativa nº 07/2019. Posteriormente, os normativos foram consolidados no art. 210 do RITJPE, cuja redação vigente foi dada pela ER nº 19/2023 (ER 19/23).

Ocorre que algumas críticas feitas aos regimentos de competências do Plenário Virtual no âmbito do STF também aplicam-se ao TJPE,

notadamente em relação ao voto tácito e à discricionariedade.

Isso porque o art. 210, §9º,⁹ do RITJPE presume que o desembargador que não se pronunciou no prazo de 10 dias corridos, a contar do início da sessão virtual, automática e tacitamente, acompanharia o relator no seu voto, gerando o voto tácito que ocasionalmente geraria distorções sistêmicas¹⁰.

Um exemplo desse sintoma é o tema 507, no qual o relator, Min. Joaquim Barbosa, ficou vencido com os Ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Celso de Mello e Dias Toffoli. Como os Ministros Gilmar Mendes, Cesar Peluso e Cármen Lúcia deixaram de votar, seus votos foram tacitamente computados a favor do reconhecimento da existência de repercussão geral, junto com os votos dos Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio, que entendiam existente a preliminar. Logo, o entendimento da minoria de dois ministros prevaleceu em face do pronunciamento expresso cinco ministros que não reconheciam a repercussão geral.¹¹

⁸ ROCHA, Caio Cesar; VAUGHN, Gustavo Favero. Panorama geral sobre o julgamento virtual no STF, no STJ, no CNJ e no TST. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos (org.). *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 127-146, p. 137-143.

⁹ § 9º Considerar-se-á que acompanhou o relator o desembargador que não se pronunciar no prazo previsto no § 7º deste artigo.

¹⁰ COELHO, Dameres Medina. *A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. 255 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014, p. 48.

¹¹ *Ibid.*

Com base no exemplo ocorrido no STF, pode-se imaginar situação semelhante no âmbito das Câmaras de Direito Público (CDP) do TJPE, propondo-se a seguinte situação hipotética: o desembargador relator 'A' votou pela improcedência do recurso pelo Plenário Virtual, e o desembargador 'B' discordou do referido voto e abriu divergência, votando pela procedência em parte da impugnação recursal. Já o desembargador 'C' não analisou o caso, e nem tampouco votou no processo. Com isso, pela regra estampada no art. 210, §9º, do RITJPE, o processo terminaria sendo julgado improvido se não houvesse pedidos de destaque ou não fosse o caso de julgamento ampliado (art. 942 do CPC), somente porque o voto do julgador 'C' foi presumido como acompanhando o relator, o que não teria ocorrido de fato.

Por sua vez, o RITJPE prevê que todo e qualquer processo estaria apto a ser julgado através do Plenário Virtual, prevendo a elegibilidade e sua discricionariedade tão somente ao órgão julgador (art. 210, *caput*), desde que pautados no Diário de Justiça Eletrônico, com indicação da composição e do dia e horário da sessão (§1º), com no mínimo 5 dias úteis de antecedência (§2º) e com a disponibilização do relatório (§4º).

Nesse âmbito, revela-se que, ao menos no TJPE, os processos pautados podem ser retirados do Plenário Virtual e encaminhados para pauta (tele)presencial, seja a pedido do Ministério Público, das partes (§5º) ou de qualquer desembargador (§6º), sem que seja necessária apresentação de qualquer justificativa, o que denota uma

mitigação, ao menos em parte, de tal problemática.

Dessa forma, extrai-se que o julgamento exclusivamente eletrônico, denominado de Plenário Virtual, consiste em mecanismo de julgamento introduzido no sistema brasileiro pelo STF, e posteriormente alargado e incorporado aos demais tribunais, chegando ao TJPE através do art. 210 do RITJPE, o qual permite a apreciação de todo e qualquer processo através do Plenário Virtual, cujo critério de elegibilidade e discricionariedade seria do órgão julgador (art. 210, *caput*), sendo parcialmente mitigada pela possibilidade de retirada do Plenário Virtual por pedido das partes, do Ministério Público (§5º) ou de qualquer desembargador (§6º), sem necessidade de justificativa.

2. A VIRTUALIZAÇÃO DO JULGAMENTO COMO FATOR DECISÓRIO METAPROCESSUAL

Para o exercício da atividade jurisdicional, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, formalizando o direito de acesso à justiça como princípio-garantia constitucional, possuindo o Poder Judiciário não o privilégio de julgar, mas

sim deveres-poderes de fazê-lo¹². De modo especial, os magistrados devem fundamentar as suas decisões judiciais, conforme a garantia constitucionalmente prevista no art. 93, IX, da CF e replicado no art. 11 do CPC.

Nessas condições, os julgadores estão sujeitos, no exercício da incumbência jurisdicional, a serem influenciados por uma “multiplicidade de fatores externos e internos”¹³, notadamente pelo fato de o “ato decisório” acontecer antes da construção da decisão¹⁴, e depender de parte do nível de convencimento do intérprete – magistrado – com base em elementos de sua personalidade¹⁵.

No processo interno de julgamento, [o juiz] utiliza um aparelho de configuração única, formatado por influxos absolutamente singulares recebidos durante uma vida inteira, permeado por eventos psíquicos que, no dispositivo mental, adquirem uma tonalidade própria e passam a influir em cada pensamento que

*aflora ao consciente e em cada conduta a partir dali estimulada.*¹⁶

Dessa forma, os magistrados podem ser influenciados por fatores metaprocessuais, entendidos como “tudo aquilo que, afora os fatos, as provas e o direito, influem no raciocínio do julgador, no processo de tomada de decisão e, ao final, no resultado do julgamento”¹⁷. Embora seja extremamente difícil excluí-los do processo de tomada da decisão judicial, os fatores metaprocessuais influenciam o julgamento concretamente realizado, integrando o “DNA da decisão”, e possuindo uma multiplicidade de espécies¹⁸.

Os fatores metaprocessuais podem estar relacionados ao perfil do magistrado (por exemplo, idade ou convicções religiosas¹⁹), mas também é possível propor eventuais testagens empíricas relacionadas às características do processo jurisdicional

¹² ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; TEIXEIRA, Sérgio Torres. Acesso à justiça e fatores metaprocessuais na tomada de decisão judicial. *Revista de Processo*. vol. 319. ano 46. p. 85-104. São Paulo: Ed. RT, setembro 2021, p. 87.

¹³ CABRAL, Angélica Mota. Uma questão de fato e de direito: como vieses cognitivos comprometem a fundamentação da decisão judicial. In: LIMA, George Marmelstein; GONÇALVES, Caio Rodrigues; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes (org.). *Vieses cognitivos e decisão judicial: contribuições das ciências cognitivas para o direito*. Fortaleza: Mucuripe, 2021, p. 118.

¹⁴ PIMENTEL, Alexandre Freire. Análise Histórica Da Lógica E Da Retórica: problematização sobre o uso processual de entimemas. *Revista de*

Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 18, n. 1, p. 41-62, 2017, p. 56.

¹⁵ TEIXEIRA, Sérgio Torres; TEIXEIRA, João Paulo; DUARTE, Breno. Decisão Judicial e Legitimidade: o Dever de Fundamentação Material das Decisões como Fator de Legitimação do Poder Judiciário. *Revista Magister De Direito Civil E Processual Civil*, v. Ano XVI, p. 80-98, 2019, p. 95.

¹⁶ ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, no 2, 2018, p. 671.

¹⁷ *Ibid.*, p. 665

¹⁸ *Ibid.*, p. 675

¹⁹ *Ibid.*

a exemplo do valor da causa²⁰, da natureza jurídica do ente litigante, ou do tempo de tramitação. Nesse sentido, a característica a ser testada como fator metaprocessual no presente trabalho diz respeito à influência da forma de julgamento utilizada com o resultado obtido, considerando que o Plenário Virtual consiste em simples mecanismo de julgamento que, em tese, não influenciaria no resultado da decisão colegiada.

Nesse cenário, a norma processual civil prevê que o relator deverá elaborar o voto e restituir os autos à secretaria (art. 931 do CPC) para que o presidente do órgão julgador possa designar a inclusão em pauta de julgamento (art. 934 do CPC). Ou seja, quando o processo é enviado à secretaria/Presidência, o relator já analisou o caso e elaborou seu relatório e voto, possuindo seu convencimento sobre o processo, ainda que provisório.

Especificamente no TJPE, o relator é quem optará pelo julgamento exclusivamente eletrônico - Plenário Virtual -, devendo inserir no ambiente eletrônico o relatório, o voto e a ementa (art. 210, §3º do RITJPE), para que possa ser analisado pelos demais componentes do órgão julgador.

Com isso, surge o seguinte problema que norteia este trabalho: “Como a virtualização do julgamento pode influenciar o seu resultado?”. Assim, a presente pesquisa pretende testar empiricamente a influência da virtualização do julgamento como fator decisório metaprocessual nas CDP do TJPE em 2022 e, eventualmente, subsidiar discussões para a formulação de boas práticas e implementação de políticas judiciais, possibilitando a viabilização da criação de algoritmos anti-enviesantes.

Tal mecanismo - algoritmos anti-enviesantes - deriva da possibilidade do oferecimento de “receitas que mostram *pari passu* o procedimento necessário à neutralização, à eliminação ou à mitigação de adulterações ou vieses cognitivos que podem comprometer a imparcialidade dos julgadores”, ainda que seja praticamente impossível a neutralização por completo²¹.

Todavia, embora sempre reste algum quid de enviesamento, vale a pena lutar contra ele. Ao fim e ao cabo, essa batalha se confunde com a própria luta da Civilização contra seus atavismos, irracionalidades, quase-racionalidades e animalidades ancentrais, que

²⁰ Como na pesquisa quantitativa realizada no âmbito das varas cíveis da comarca do Recife (TJPE), que identificou que em processos cujo valor da causa era acima de R\$ 50.000,00, havia menos chances de o magistrado designar a audiência de conciliação/mediação prevista no art. 334, CPC, que dispõe que em regra, trata-se de ato obrigatório a ser realizado da resposta do réu (PAULA FILHO, Alexandre de. *Audiências de conciliação e mediação obrigatórias no início do*

processo: um olhar histórico, dogmático e empírico sobre o art. 334 do CPC/15. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 151).

²¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016, 187 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, São Paulo, 2016, p. 141.

*ao longo da história insistem em assaltar a humanidade. Daí a importância de caminhar em direção a esse ideal e desenvolver cada vez mais linhas de pesquisa em tecnologia comportamental. Que elas possam propiciar um Risorgimento da Razão, essa “heresia” apedrejada nos últimos dois séculos.*²²

Nesse sentido, perceber os automatismos mentais e abrir-se para com o diálogo junto às partes, pode ser um importante mecanismo para a tomada de consciência dos preconceitos e enviesamentos que o juízo da causa possa apresentar, tirando-o da posição de conforto cognitivo. Isso porque o diálogo com o engajamento de todos os sujeitos processuais promove um ambiente democrático de potencial desenvolvimento.²³

A realização de sessões com a possibilidade de os advogados sustentarem oralmente tende a potencializar este cenário. A sustentação oral é um ato processual por vezes tão relevante quanto a apresentação, física ou digital das

questões relevantes para o julgamento mediante peças escritas, não havendo como negar que se trata de meio de efetivação dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa e ao devido processo legal, e, não menos importante, ao caráter indispensável da atividade do advogado, também de caráter constitucional, nos termos do art. 133, da nossa Carta Magna²⁴.

Ademais, para além da possibilidade de a sustentação oral despertar novos olhares dos julgadores para o caso concreto, a necessidade de expor as razões em sessão realizada na presença do público serviria como incentivo (*nudge*) processual a uma maior cautela com a apresentação adequada dos argumentos pelo relator e à maior atenção dos demais desembargadores componentes do órgão colegiado às razões do voto condutor para a sua tomada de decisão.

No estudo da arquitetura de escolhas, o termo *nudge* significa, em português, um “empurrãozinho”, um “cutucão”. No âmbito da tomada de decisão, trata-se de “um aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção²⁵ e sem nenhuma mudança significativa em

²² *Ibid.*, p. 144.

²³ NUNES, Dierle; LUD; Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação e seus efeitos e o debiasing*. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2020, p. 309/314.

²⁴ PAULA FILHO, Alexandre Moura Alves de; SILVA, Renan Francelino da. Inadmissão da sustentação oral no agravo de instrumento interposto contra decisão parcial de mérito nos tribunais brasileiros: um problema legislativo e

regimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, [S. l.], v. 23, n. 1, 2021. DOI: 10.12957/redp.2022.58713. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/58713>. Acesso em: 20 out. 2023.

²⁵ Um *nudge*, não impõe ou constrange o decisor, nem veta qualquer opção de escolha que ele tem. O magistrado continua podendo julgar no mesmo sentido que o faria na modalidade virtual, mas terá, além de ter que dedicar tempo para ouvir e falar na sessão sobre o caso,

seus incentivos econômicos”²⁶. Assim, a maximização do debate sobre o caso exige dos magistrados uma análise mais acurada para o julgamento, evitando que incidam de modo mais automático vieses de confirmação - quando o tribunal busca razões que justifiquem uma tomada de decisão conforme suas próprias convicções - e de grupo - quando o tribunal se ancora na decisão recorrida, tomada por um par seu, ainda que hierarquicamente inferior²⁷.

Isso porque os estudos que aportam a teoria dos vieses cognitivos à tomada da decisão do juiz, os indivíduos, notadamente no ramo da psicologia cognitiva e da economia comportamental, partem da premissa de que os indivíduos exercem escolhas com base nas suas preferências e nas limitações que são impostas pelo ambiente em que estão inseridos, em uma lógica orientada pelo custo-benefício. Em outras palavras, o ser humano tenderá a buscar aquilo que maximiza ou otimiza o seu bem-estar²⁸. Essa realidade – como dito, inerente ao ser humano – torna-se praticamente inevitável em um ambiente onde a tomada de decisão, em que pese refletida e fundamentada, está inserida no contexto de pressão, onde se disponibiliza pouco tempo e se requer alta produtividade em termos quantitativos, como são os tribunais em geral.

preparar-se para este debate, especialmente com a parte vencida.

²⁶ THALER, Richard; SUNSTEIN, CASS. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Penguin, 2009, p. 12.

²⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: Proposta de um modelo*

Nesse contexto, um modelo de julgamento caracterizado pela omissão de atos de debate sobre o caso, ao passo que favorece processos de aceleração da análise do caso, torna-se terreno fértil para decisões enviesadas, mormente no tocante à confirmação de decisões anteriores de pares.

A fim de identificar se esse processo de enviesamento pode ser observado num determinado universo de julgamentos de recursos em trâmite, passa-se à análise do levantamento de acórdãos das Câmaras de Direito Público do TJPE, exposta no próximo tópico.

3. LEVANTAMENTO DOS ACÓRDÃOS DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DO TJPE (2022): DEFINIÇÕES METODOLÓGICAS

Considerando que o julgamento exclusivamente eletrônico, denominado de Plenário Virtual, consiste em mecanismo de julgamento que permite a apreciação de todo e qualquer processo no âmbito do TJPE, a utilização de tal mecanismo poderia influenciar o resultado dos julgados enquanto fator decisório. Isso deságua na pergunta norteadora da presente pesquisa: Como a virtualização do julgamento pode influenciar o seu resultado? Para respondê-la, foi necessário o levantamento dos acórdãos proferidos,

interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 156-157.

²⁸ ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil*. 1. ed., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 59.

com cortes metodológicos de localidade (TJPE), matéria (Câmaras de Direito Público) e temporalidade (2022).

Inicialmente, foram extraídas as Atas de Julgamento²⁹, a partir do campo “Câmaras de Direito Público”, baixando-se todas as atas da 1ª, 2ª, 3ª e 4ª CDPs, ocorridas no ano de 2022, e que se encontram disponíveis no site do TJPE, dividindo-as em pastas pelos respectivos órgãos julgadores.

Dentro das pastas, as atas foram ordenadas e renomeadas pelo tipo de julgamento (presencial, telepresencial e virtual, respectivamente), e posteriormente pelas datas em que os julgamentos ocorreram.

Após a organização dos arquivos, foi necessária a contabilização dos acórdãos, realizada através da abertura dos arquivos, e utilização de busca textual do termo “8.17”, identificador utilizado pelo Conselho Nacional de

Justiça (CNJ) para os processos do TJPE³⁰.

Dessa forma, foi possível a contabilização do Universo (N) da pesquisa empírica, cuja totalização resultou em 8.841 (oito mil, oitocentos e quarenta e um) processos.

Com isso, utilizou-se a fórmula matemática $(n = N Z^2 p (1-p) / (N-1) e^2 + Z^2 p (1-p))$ ³¹, utilizada em pesquisas empíricas quantitativas, para adquirir uma representação de 95% do universo pesquisado, com margem de erro de 5%, adotado como padrão internacional (GOMES NETO; PAULA FILHO, 2021, p. 141-142).

Assim, apurou-se que seria necessária uma amostra de 369 (trezentos e sessenta e nove) processos. Posteriormente, submeteu-se o universo a um aleatório sorteio eletrônico online³², sorteando-se o quantitativo da amostra³³.

²⁹ As atas de Julgamento das Câmaras Cíveis e de Direito Público do Tribunal de Justiça de Pernambuco podem ser extraídas a partir do site do TJPE, no seguinte link: <https://www.tjpe.jus.br/web/transparencia/atas-pautas-e-resenhas-das-sessoes/camaras-secoes-e-corte-especial>. Acesso: 27 dez. 2022

³⁰ O Número do Processo Único - NPU foi instituído pelo CNJ através da Resolução nº 65, de 16 de dezembro de 2008, cujo dígito “8” significa a “Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios” (art. 1, §4º, VIII), enquanto que o “17” é o identificador específico do TJPE (Anexo da Resolução).

³¹ Na fórmula, as letras são entendidas como:
n = é o tamanho da amostra que queremos calcular (amostragem)
N = é tamanho do universo (ou seja, a população) = 8.841

Z = é o desvio do valor médio que é aceito para alcançar o nível de confiança que se deseja = 95%

e = é a margem de erro máximo que se admite = 5%

p = é a proporção que se espera encontrar

³² O sorteio foi realizado através do “Random Number Generator”, da empresa Star Trek. Disponível em: <https://stattrek.com/statistics/random-number-generator#table>. Acesso: 06 mai. 2023

³³ Os números sorteados foram: 3359 3711 1927 2613 8189 1539 2001 0551 8587 5613 5812 5922 8676 0645 5906 8074 5628 4723 2367 7062 1547 6335 2321 0352 3509 0467 3477 2408 3562 4451 0004 4551 3539 3189 6811 7754 2427 3469 5027 0420 1316 4268 3494 5801 5857 2386 0830 7894 7587 7310 5199 2942 0807 5293 1993 1589 5030 1826 2875 7254 8411 8015 4612 0943 1403 8461 4890 2234 5009 8623 7322 8113 6273 3043 5237 7325 4485 6809 1725 1219 1410 3415 4339 4388 4919 5010 8117 6621 3394 8309 4040 0120 1400 3727 5355 2009 7392 7816 3211 6967 4407 2385 8719 7023 1956 2688 8414 8510 2649 6773 5425 8337 0567 0678 5848 8841 7014 6694 1164 4982 7406 2247 8703 3182 8697 3533 2008 8601 2601

Dos 369 processos originalmente sorteados, foram encontrados 17 que não chegaram a ser julgados, ocasionando um segundo sorteio³⁴. Dos 17 sorteados no segundo sorteio, 3 não chegaram a ser julgados ou foram repetidos, gerando a necessidade de um terceiro sorteio³⁵.

Os dados foram planilhados na tabela (Anexo), assim dividida: (i) Primeira coluna: identificação do número sorteado; (ii) Segunda coluna: Número do Processo Único (NPU); (iii) Terceira coluna: o órgão julgador; (iv) Quarta coluna: data do julgamento; (v) Quinta coluna: o tipo de julgamento (virtual ou não-virtual); e (vi) Sexta coluna: o resultado do processo no TJPE (improvido ou provido).

Na quarta coluna, consignou-se a data de julgamento não só pelo fato limitativo-metodológico temporal, mas também para fins de possibilitar a identificação do julgado, considerando

que um mesmo processo pode ter diversos recursos analisados durante sua tramitação, de modo a permitir identificar qual o resultado fora catalogado.

Na quinta coluna, considerou-se “virtuais” os processos julgados no Plenário Virtual das CDPs do TJPE, adotando-se como critério residual o “não-virtual”, entendido como o julgamento ocorrido em ambiente presencial ou telepresencial, mas de forma que os magistrados participassem simultaneamente do julgamento.

Já na sexta coluna, foi considerado o “improvido” como o recurso que não foi conhecido ou foi julgado improvido, enquanto o resultado “provido” diz respeito aos recursos que foram julgados parcialmente ou totalmente procedentes, reformando a decisão recorrida³⁶.

8053 7473 0912 8457 4124 8193 2236 5099 1412
4869 8231 0042 0542 2201 8103 4410 6283 8028
0058 4960 3016 0079 7613 5344 7409 0480 2012
4729 7700 2432 6827 3609 5831 3767 5415 2216
3332 4183 5037 7706 3701 4195 3614 2906 3819
8528 6018 2774 3493 2648 1087 3738 0075 6147
8261 2194 7070 8814 4947 5836 0752 3181 0333
0132 7407 2015 2169 6204 6265 4685 4098 7870
6901 7993 4926 2675 2924 3633 4930 5350 5387
6189 6968 8679 6608 8238 7350 0064 0426 8682
6685 3943 0940 6057 1267 1664 5061 5208 6042
2137 6329 5433 6200 3903 1258 1734 8709 8423
7582 7717 7479 6195 2639 3877 0329 8183 8635
8465 3667 7324 8527 1678 1681 1639 1733 7258
3986 3625 2333 4283 7869 5643 1007 6798 8518
1888 5296 1833 4892 6005 1869 1349 1472 5480
5636 5937 3691 2049 4732 0187 7996 8468 5651
3472 0560 3733 2464 7649 6634 2588 4333 8503
3540 3483 3713 5616 1066 3462 6093 5016 2309
5976 0772 2405 1559 7848 6437 7663 1961 4245
5523 1073 8763 5326 4775 1611 1917 4131 3684

5315 1811 0771 3623 0929 2667 5509 5897 5595
4004 3164 7164 5670 2433 6851 0113 5752 2417
6586 2826 6154 8362 1741 4541 5322 0129 3027
6995 4542 2456 3512 3664 1802 0618 2536 6715
6568 1647 6976 3351 8460 4285 6121 3115 6532
7340 2053 1465 1986 8158 4972

³⁴ No segundo sorteio, realizado em 07/05/2023, foram selecionados aleatoriamente os números: 1211 1181 1864 4687 6223 3180 0905 1811 1888 2644 3232 4514 6720 4998 1572 8035 6051

³⁵ No terceiro sorteio, realizado em 07/05/2023, foram selecionados aleatoriamente os números: 2721 4739 3152

³⁶ Destaca-se que não houve análise em relação à extensão do provimento em grau recursal ou sua classificação em relação ao pedido da exordial em primeiro grau, nem tampouco se examinou o conteúdo das decisões. Como mencionado, as classificações foram realizadas exclusivamente a partir dos resultados encontrados nas Atas de Julgamento do TJPE.

4. DOS RESULTADOS

Partindo-se das definições metodológicas traçadas a partir dos tópicos anteriores do presente trabalho, apurou-se que, dos 8.841 (oito mil, oitocentos e quarenta e um) processos que compõem o Universo (N), seria necessária a análise, por inferência estatística, de uma amostra (n) de 369 (trezentos e sessenta e nove) processos.

Da amostra aleatoriamente sorteada, contabilizaram-se os seguintes quantitativos, divididos pelo órgão julgador e pela forma de julgamento:

(i) A 1ª Câmara de Direito Público julgou 35 (trinta e cinco) processos da amostra, sendo 22 (vinte e dois) pela Pauta Virtual, e 13 (treze) pela Pauta Não-Virtual;

(ii) A 2ª Câmara de Direito Público julgou 144 (cento e quarenta e quatro) processos da amostra, sendo 24 (vinte e quatro) pela Pauta Virtual, e 120 (cento e vinte) pela Pauta Não-Virtual;

(iii) A 3ª Câmara de Direito Público julgou 44 (quarenta e quatro) processos da amostra, sendo 23 (vinte e três) pela Pauta Virtual, e 21 (vinte e um) pela Pauta Não-Virtual;

(iv) A 4ª Câmara de Direito Público julgou 146 (cento e quarenta e seis) processos da amostra, sendo 107 (cento e sete) pela Pauta Virtual, e 39 (trinta e nove) pela Pauta Não-Virtual.

A partir dos quantitativos anteriormente expostos, torna-se possível extrair as proporções oriundas dos julgamentos das Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em 2022, apurando-se os seguintes percentuais:

(i.i) Na Pauta Virtual na 1ª CDP, obteve-se 54,5% (12/22) de improvimento, e 45,5% (10/22) de provimento, apurando-se uma diferença de 9% *a mais* pelos improvidos;

(i.ii) Na Pauta Não-Virtual na 1ª CDP, obteve-se 38,5% (5/13) de improvimento, e 61,6% (8/13) de provimento, apurando-se uma diferença de 23% *a menos* pelos improvidos;

(ii.i) Na Pauta Virtual na 2ª CDP, obteve-se 70,8% (17/24) de improvimento, e 29,2% (7/24) de provimento, apurando-se uma diferença de 41,6% *a mais* pelos improvidos;

(ii.ii) Na Pauta Não-Virtual na 2ª CDP, obteve-se 64,2% (77/120) de improvimento, e 35,8% (43/120) de provimento, apurando-se uma diferença de 28,4% *a mais* pelos improvidos;

(iii.i) Na Pauta Virtual na 3ª CDP, obteve-se 56,5% (13/23) de improvimento, e 43,5% (10/23) de provimento, apurando-se uma diferença de 13% *a mais* pelos improvidos;

(iii.ii) Na Pauta Não-Virtual na 3ª CDP, obteve-se 57,1% (12/21) de improvimento, e 42,9% (9/21) de provimento, apurando-se uma diferença de 14,2% *a mais* pelos improvidos;

(iv.i) Na Pauta Virtual na 4ª CDP, obteve-se 72% (77/103) de improvimento, e 28% (30/103) de provimento, apurando-se uma diferença de 44% *a mais* pelos improvidos;

(iv.ii) Na Pauta Não-Virtual na 4ª CDP, obteve-se 59% (23/39) de improvimento, e 41% (16/39) de provimento, apurando-se uma diferença de 18% *a mais* pelos improvidos;

Visando facilitar a compreensão dos dados, apresenta-se a Tabela 01, constante nos anexos deste trabalho.

De um lado, destaca-se a discrepância quantitativa entre as câmaras, considerando que a 1ª e 3ª CDPs julgaram, respectivamente, apenas 35 e 44 processos sorteados, enquanto a 2ª e 4ª CDPs julgaram 144 e 146 processos sorteados, respectivamente.

Por outro lado, nota-se que apenas na Pauta Não-Virtual da 1ª CDP houve um índice de provimento maior do que a quantidade de improvidos, muito embora o referido órgão tenha sido o de menor quantitativo no sorteio da amostra aleatoriamente coletada.

No todo, verificou-se que há uma diferença entre julgamentos providos e improvidos no percentual de 35,2% (trinta e cinco vírgula dois por cento) mais processos improvidos na Pauta Virtual e 21,2% (vinte e um vírgula dois por cento) mais improvidos na Pauta Não-Virtual. Com isso, pode-se inferir que, no universo investigado e respeitada a margem de erro, a virtualização dos julgamentos reduziu em 14% (quatorze por cento) as chances de o recurso ser provido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo um aparato dos capítulos tratados neste trabalho, verifica-se que o julgamento exclusivamente eletrônico, denominado de Plenário Virtual, consiste em mecanismo de julgamento introduzido no sistema brasileiro pelo STF, e posteriormente alargado e incorporado aos demais tribunais, chegando ao TJPE através do art. 210 do RITJPE, o qual permite a apreciação de todo e qualquer processo através do Plenário Virtual,

cujo critério de elegibilidade e discricionariedade seria do órgão julgador (art. 210, *caput*) parcialmente mitigada pela possibilidade de retirada do Plenário Virtual por pedido das partes, Ministério Público (§5º) ou de qualquer desembargador (§6º), sem necessidade de justificativa, conforme RITJPE.

Com isso, buscou-se analisar o Plenário Virtual enquanto fator metaprocessual, entendido como fator externo aos fatos, provas ou direito, e se propôs a testagem empírica-quantitativa nas CDP do TJPE em 2022 e, eventualmente, subsidiar discussões para a formulação de boas práticas e implementação de políticas judiciais, possibilitando a viabilização da criação de algoritmos anti-enviesantes.

A partir dos dados coletados, verificou-se que existe uma diferença média de 14% (quatorze por cento) entre as Pautas Virtual e Não-Virtual, ocasionada pela virtualização do julgamento, e que terminou gerando uma tendência, ainda que involuntária, no resultado processual.

Para fins de possibilitar, ao menos em tese, a solução prática dessa problemática numa perspectiva nacional uniformizadora, poder-se-ia propor a revogação do art. 3º, I, da Lei Federal nº 13.256/2016, restabelecendo a norma contida no revogado art. 945 do CPC.

Isso porque a redação do referido dispositivo revogado, embora superficial, traz solução à discricionariedade de elegibilidade do órgão julgador, possibilitando que qualquer das partes possa requerer a retirada do processo da Pauta Virtual

(art. 945, §2º, do CPC), o que independeria de motivação ou justificação (art. 945, §3º, do CPC).

Muito embora o *caput* do art. 945 do CPC previsse a impossibilidade de inclusão dos processos que admitissem sustentação oral para julgamento pelo Plenário Virtual, tal critério não possui relação com as problemáticas trazidas pela doutrina, relacionadas ao desenho institucional, falta de transparência, voto tácito, discricionariedade e deficiência de fundamentação dos ministros.

Por fim, já com relação ao voto tácito, a título propositivo, sugere-se o acréscimo de textos normativos ao revogado art. 945 do CPC, no sentido de, para fins de contabilização dos votos dos integrantes do órgão julgador, não se admitir o voto tácito” e, quando houver a ausência de voto de qualquer integrante do órgão julgador, que o processo seja incluído automaticamente na sessão de julgamento eletrônico subsequente, tendo preferência sobre os demais processos.

Ao fim e ao cabo, enquanto o Plenário Virtual for uma realidade cada vez mais patente em nosso Judiciário, a presente pesquisa tem sua utilidade prática ao operador do direito. Serve ao magistrado interessado em inibir modelos de julgamento que o enviesam e também serve de alerta aos advogados e interessados em julgamentos favoráveis a título de estratégia de minimização dos riscos de sucumbência.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil*. 1. ed., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.
- ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, no 2, 2018.
- ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; TEIXEIRA, Sérgio Torres. Acesso à justiça e fatores metaprocessuais na tomada de decisão judicial. *Revista de Processo*. vol. 319. ano 46. p. 85-104. São Paulo: Ed. RT, setembro 2021.
- CABRAL, Angélica Mota. Uma questão de fato e de direito: como vieses cognitivos comprometem a fundamentação da decisão judicial. In: LIMA, George Marmelstein; GONÇALVES, Caio Rodrigues; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes (org.). *Vieses cognitivos e decisão judicial: contribuições das ciências cognitivas para o direito*. Fortaleza: Mucuripe, 2021.
- COELHO, Damares Medina. *A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. 255 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. 2016, 187 f. Tese

- (Doutorado em Direito Processual Civil) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, São Paulo, 2016.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do Plenário Virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 277-298, 2 maio 2022. Semestral. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v12i1.8147>.
- NUNES, Dierle; LUD; Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação e seus efeitos e o debiasing*. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2020.
- PASSOS, Hugo Assis; SANTOS, Cleopas Isaías; DE OLIVEIRA, João Rafael. A ampliação da competência do Plenário Virtual no Supremo Tribunal Federal no cenário da crise de saúde gerada pelo COVID 19. *IDP Law Review*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 258-284, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5396>. Acesso em: 8 maio. 2023.
- PAULA FILHO, Alexandre de. *Audiências de conciliação e mediação obrigatórias no início do processo: um olhar histórico, dogmático e empírico sobre o art. 334 do CPC/15*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- PAULA FILHO, Alexandre Moura Alves de; GOMES NETO, José Mário Wanderley. PARA ALÉM DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO JUDICIAL: análise empírica da influência do perfil do réu sobre a decisão que dispensa as audiências obrigatórias de conciliação e mediação no início do processo (art. 334, cpc). *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 19, n. 31, p. 127, 12 maio 2021. Instituto para o Desenvolvimento da Educação. <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v19i31.p127-153.2021>.
- PAULA FILHO, Alexandre Moura Alves de; SILVA, Renan Francelino da. Inadmissão da sustentação oral no agravo de instrumento interposto contra decisão parcial de mérito nos tribunais brasileiros: um problema legislativo e regimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, [S. l.], v. 23, n. 1, 2021. DOI: 10.12957/redp.2022.58713. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/58713>. Acesso em: 20 out. 2023.
- PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; COSTA, Alexandre Araújo. O PLENÁRIO VIRTUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: evolução das formas de julgamento e

- periodização. *REI - Revista Estudos Institucionais*, [S.L.], v. 8, n. 1, p. 62-87, 30 maio 2022. Revista Estudos Institucionais. <http://dx.doi.org/10.21783/rei.v8i1.666>.
- PIMENTEL, Alexandre Freire. Análise Histórica Da Lógica E Da Retórica: problematização sobre o uso processual de entimemas. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 18, n. 1, p. 41-62, 2017.
- ROCHA, Caio Cesar; VAUGHN, Gustavo Favero. Panorama geral sobre o julgamento virtual no STF, no STJ, no CNJ e no TST. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovani dos Santos (org.). *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 127-146.
- TEIXEIRA, Sergio Torres; TEIXEIRA, João Paulo; DUARTE, Breno. Decisão Judicial e Legitimidade: o Dever de Fundamentação Material das Decisões como Fator de Legitimação do Poder Judiciário. *Revista Magister De Direito Civil E Processual Civil*, v. Ano XVI, p. 80-98, 2019.
- THALER, Richard; SUNSTEIN, CASS. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Penguin, 2009.

ANEXO 1 – Levantamento: resultado do julgamento *versus* virtualização

ÓRGÃO	MÉTODO	RESULTADO (369)				DIFERENÇA PERCENTUAL(A-B)
		A = IMPROVIDO (236)		B = PROVIDO (133)		
		Quantidade	Percentual	Quantidade	Percentual	
1ª CDP	Virtual	12	54,5%	10	45,5%	9%
	Não Virtual	5	38,5%	8	61,5%	-23%
2ª CDP	Virtual	17	70,8%	7	29,2%	41,6%
	Não Virtual	77	64,2%	43	35,8%	28,4%
3ª CDP	Virtual	13	56,5%	10	43,5%	13%
	Não Virtual	12	57,1%	9	42,9%	14,2%
4ª CDP	Virtual	77	72,0%	30	28,0%	44%
	Não Virtual	23	59,0%	16	41,0%	18%
SOMA	Virtual	119	67,6%	57	32,4%	35,2%
	Não Virtual	117	60,6%	76	39,4%	21,2%

Fonte: Elaborada pelos Autores

ANEXO 2 – Processos Analisados

Número Sorteado	Número do Processo Único (NPU)	Órgão Julgador	Data do julgamento	Tipos de julgamento (0 = virtual; e 1 = não-virtual)	Resultado (0 = improvido; 1 = provido)
3359	0014988-46.2020.8.17.9000	2ª CDP	01/09/2022	1	0
3711	0015108-55.2021.8.17.9000	2ª CDP	24/02/2022	0	0
1927	0054751-66.2012.8.17.0001	2ª CDP	10/02/2022	1	0

2613	0000317- 58.2022.8.17.2950	2ª CDP	11/03/2022	1	0
8189	0012019- 34.2018.8.17.2370	4ª CDP	14/10/2022	0	1
1539	0008439- 81.2002.8.17.0001	2ª CDP	25/08/2022	1	1
2001	0067362- 47.1995.8.17.0001	2ª CDP	10/02/2022	1	0
551	0000428- 41.2021.8.17.2218	1ª CDP	11/02/2022	0	1
8587	0000084- 80.2021.8.17.2470	4ª CDP	09/12/2022	0	0
5613	0000517- 97.2008.8.17.0770	4ª CDP	02/02/2022	1	1
5812	0002437- 64.2013.8.17.0210	4ª CDP	06/04/2022	1	0
5922	0013772- 33.2010.8.17.0001	4ª CDP	04/05/2022	1	1
8676	0000135- 33.1999.8.17.1510	4ª CDP	09/12/2022	0	0
645	0002220- 50.2021.8.17.2470	1ª CDP	18/02/2022	0	1
5906	0155137- 12.2009.8.17.0001	4ª CDP	04/05/2022	1	0
8074	0052497- 27.2018.8.17.2001	4ª CDP	30/09/2022	0	0
5628	0076161- 15.2014.8.17.0001	4ª CDP	02/02/2022	1	1
4723	0000097- 52.2005.8.17.1270	3ª CDP	22/11/2022	1	1
2367	0006683- 54.2010.8.17.0810	2ª CDP	19/02/2022	1	0
7062	0002634- 08.2021.8.17.3130	4ª CDP	20/05/2022	0	0
1547	0005287- 54.2004.8.17.0001	2ª CDP	01/09/2022	1	0
6335	0049028- 07.2017.8.17.2001	4ª CDP	11/02/2022	0	0
2321	0050875- 78.2016.8.17.2001	2ª CDP	19/02/2022	1	0
352	0002098- 69.2008.8.17.0990	1ª CDP	17/05/2022	1	1

3509	0017286- 11.2020.8.17.9000	2ª CDP	20/10/2022	1	0
467	0033022- 76.2015.8.17.0001	1ª CDP	12/04/2022	1	0
3477	0001223- 38.2019.8.17.2470	2ª CDP	13/10/2022	1	1
2408	0023649- 62.2017.8.17.2810	2ª CDP	19/02/2022	1	0
3562	0009007- 55.2021.8.17.3130	2ª CDP	11/17/2022	1	1
4451	0002177- 36.2013.8.17.0420	3ª CDP	15/02/2022	1	0
4	0045681- 20.2015.8.17.0001	1ª CDP	08/02/2022	1	0
4551	0005418- 88.2012.8.17.0990	3ª CDP	22/03/2022	1	1
3539	0017776- 62.2022.8.17.9000	2ª CDP	10/11/2022	1	0
3189	0001810- 49.2021.8.17.3130	2ª CDP	14/07/2022	1	1
6811	0020230- 49.2021.8.17.9000	4ª CDP	20/04/2022	0	1
7754	0000803- 94.2016.8.17.2710	4ª CDP	09/09/2022	0	0
2427	0008913- 73.2016.8.17.2810	2ª CDP	19/02/2022	1	1
3469	0012147- 10.2022.8.17.9000	2ª CDP	22/09/2022	1	0
5027	0061249- 85.2018.8.17.2001	3ª CDP	06/05/2022	0	0
420	0001667- 03.2021.8.17.2470	1ª CDP	04/05/2022	1	1
1316	0027669- 92.2011.8.17.0810	2ª CDP	24/03/2022	1	0
4268	0017674- 45.2019.8.17.9000	2ª CDP	01/12/2022	0	0
3494	0001845- 92.2022.8.17.2218	2ª CDP	13/10/2022	1	1
5801	0002927- 25.2010.8.17.1590	4ª CDP	06/04/2022	1	1
5857	0033016- 55.2004.8.17.0001	4ª CDP	20/04/2022	1	ADIADO

2386	0001386- 61.2020.8.17.2218	2ª CDP	19/02/2022	1	0
830	0064536- 22.2019.8.17.2001	1ª CDP	11/03/2022	0	0
7894	0000255- 18.2022.8.17.2950	4ª CDP	16/09/2022	0	0
7587	0000059- 81.2021.8.17.2530	4ª CDP	30/08/2022	0	1
7310	0000430- 97.2021.8.17.3030	4ª CDP	22/06/2022	0	0
5199	0003988- 60.2021.8.17.2001	3ª CDP	17/06/2022	0	0
2942	0001786- 21.2021.8.17.3130	2ª CDP	05/05/2022	1	1
807	0001863- 64.2020.8.17.3130	1ª CDP	11/03/2022	0	0
5293	0002640- 35.2021.8.17.2218	3ª CDP	12/08/2022	0	1
1993	0031136- 42.2015.8.17.0001	2ª CDP	10/02/2022	1	1
1589	0005452- 48.1997.8.17.0001	2ª CDP	29/09/2022	1	0
5030	0016375- 62.2021.8.17.9000	3ª CDP	06/05/2022	0	0
1826	0065948- 52.2011.8.17.0001	2ª CDP	15/12/2022	1	1
2875	0014493- 85.2007.8.17.0810	2ª CDP	07/04/2022	1	ADIADO
7254	0059352- 51.2020.8.17.2001	4ª CDP	10/06/2022	0	0
8411	0000030- 31.2021.8.17.2530	4ª CDP	25/11/2022	0	1
8015	0011263- 78.2022.8.17.9000	4ª CDP	30/09/2022	0	0
4612	0000472- 91.2014.8.17.1220	3ª CDP	29/03/2022	1	1
943	0023329- 38.2017.8.17.8201	1ª CDP	08/04/2022	0	0
1403	0027310- 40.2014.8.17.0810	2ª CDP	12/05/2022	1	0
8461	0000338- 36.2017.8.17.2230	4ª CDP	25/11/2022	0	0

4890	0013908- 97.2017.8.17.2001	3ª CDP	19/07/2022	1	0
2234	0020626- 26.2021.8.17.9000	2ª CDP	19/02/2022	1	0
5009	0006983- 88.2020.8.17.3130	3ª CDP	18/04/2022	0	1
8623	0016093- 87.2022.8.17.9000	4ª CDP	09/12/2022	0	0
7322	0000307- 77.2018.8.17.3330	4ª CDP	22/06/2022	0	0
8113	0000404- 28.2021.8.17.9003	4ª CDP	07/10/2022	0	0
6273	0009711- 15.2021.8.17.9000	4ª CDP	04/02/2022	0	0
3043	0004853- 04.2022.8.17.9000	2ª CDP	03/06/2022	1	0
5237	0001665- 27.2020.8.17.3130	3ª CDP	08/07/2022	0	0
7325	0000298- 96.2017.8.17.3380	4ª CDP	22/06/2022	0	1
4485	0000244- 02.2013.8.17.0170	3ª CDP	08/03/2022	1	0
6809	0006252- 66.2016.8.17.2990	4ª CDP	20/04/2022	0	1
1725	0000599- 79.2017.8.17.2980	2ª CDP	29/09/2022	1	0
1219	0004721- 22.2015.8.17.0001	2ª CDP	24/02/2022	1	1
1410	0006671- 97.2015.8.17.1090	2ª CDP	12/05/2022	1	1
3415	0000324- 74.2022.8.17.3330	2ª CDP	15/09/2022	1	0
4339	0004451- 33.2013.8.17.1370	3ª CDP	08/02/2022	1	0
4388	0017480- 28.2009.8.17.0001	3ª CDP	08/02/2022	1	0
4919	0000211- 45.2016.8.17.0610	3ª CDP	09/08/2022	1	0
5010	0010616- 20.2021.8.17.9000	3ª CDP	18/04/2022	0	0
8117	0000182- 15.2020.8.17.2110	4ª CDP	07/10/2022	0	0

6621	0018765- 05.2021.8.17.9000	4ª CDP	18/03/2022	0	1
3394	0064592- 21.2020.8.17.2001	2ª CDP	01/09/2022	1	0
8309	0007796- 81.2021.8.17.3130	4ª CDP	27/10/2022	0	0
4040	0008962- 95.2021.8.17.9000	2ª CDP	18/08/2022	0	0
120	0043567- 16.2012.8.17.0001	1ª CDP	22/02/2022	1	1
1400	0003932- 38.2013.8.17.0730	2ª CDP	12/05/2022	1	0
3727	0012491- 25.2021.8.17.9000	2ª CDP	24/02/2022	0	0
5355	0001169- 50.2014.8.17.1370	4ª CDP	01/06/2022	1	1
2009	0038045- 28.2000.8.17.0001	2ª CDP	10/02/2022	1	0
7392	0042622- 33.2018.8.17.2001	4ª CDP	15/07/2022	0	0
7816	0001701- 42.2019.8.17.2730	4ª CDP	09/09/2022	0	0
3211	0009975- 95.2022.8.17.9000	2ª CDP	14/07/2022	1	CONFLITO
6967	0015274- 38.2018.8.17.2810	4ª CDP	13/05/2022	0	0
4407	0132553- 48.2009.8.17.0001	3ª CDP	08/02/2022	1	ADIADO
2385	0005027- 37.2020.8.17.3130	2ª CDP	19/02/2022	1	1
8719	0013702- 96.2021.8.17.9000	4ª CDP	09/12/2022	0	0
7023	0029987- 83.2019.8.17.2001	4ª CDP	13/05/2022	0	0
1956	0015711- 24.2005.8.17.0001	2ª CDP	10/02/2022	1	0
2688	0064183- 46.2011.8.17.0001	2ª CDP	17/03/2022	1	0
8414	0032205- 50.2020.8.17.2001	4ª CDP	25/11/2022	0	0
8510	0026158- 31.2018.8.17.2001	4ª CDP	25/11/2022	0	0

2649	0000149- 87.2017.8.17.2770	2ª CDP	11/03/2022	1	0
6773	0000418- 42.2017.8.17.3380	4ª CDP	20/04/2022	0	1
5425	0001124- 17.2012.8.17.1370	4ª CDP	08/06/2022	1	0
8337	0015122- 05.2022.8.17.9000	4ª CDP	11/11/2022	0	0
567	0040042- 30.2018.8.17.2001	1ª CDP	11/02/2022	0	1
678	0002181- 47.2020.8.17.3130	1ª CDP	18/02/2022	0	PREJUDICADO
5848	0002998- 17.2016.8.17.1590	4ª CDP	20/04/2022	1	0
8841	0137432- 98.2009.8.17.0001	4ª CDP	16/12/2022	0	0
7014	0015261- 88.2021.8.17.9000	4ª CDP	13/05/2022	0	0
6694	0104258- 40.2018.8.17.2990	4ª CDP	15/04/2022	0	0
1164	0000238- 21.2017.8.17.2250	1ª CDP	27/05/2022	0	1
4982	0016334- 95.2021.8.17.9000	3ª CDP	18/02/2022	0	1
7406	0011988- 59.2015.8.17.2001	4ª CDP	15/07/2022	0	0
2247	0000252- 75.2017.8.17.3520	2ª CDP	19/02/2022	1	0
8703	0000001- 45.2022.8.17.2950	4ª CDP	09/12/2022	0	0
3182	0001792- 38.2022.8.17.9000	2ª CDP	14/07/2022	1	0
8697	0018102- 22.2022.8.17.9000	4ª CDP	09/12/2022	0	0
3533	0000269- 19.2016.8.17.2980	2ª CDP	03/11/2022	1	0
2008	0071283- 23.2009.8.17.0001	2ª CDP	10/02/2022	1	1
8601	0001958- 94.2020.8.17.3130	4ª CDP	09/12/2022	0	0
2601	0000095- 56.2017.8.17.2630	2ª CDP	10/03/2022	1	1

8053	0000433-30.2019.8.17.3060	4ª CDP	30/09/2022	0	0
7473	0000595-47.2021.8.17.3030	4ª CDP	22/07/2022	0	1
912	0021411-85.2021.8.17.9000	1ª CDP	08/04/2022	0	0
8457	0000071-14.2020.8.17.2730	4ª CDP	25/11/2022	0	0
4124	0017692-95.2021.8.17.9000	2ª CDP	29/09/2022	0	0
8193	0000494-84.2017.8.17.2210	4ª CDP	14/10/2022	0	0
2236	0013554-67.2020.8.17.2001	2ª CDP	19/02/2022	1	0
5099	0021466-49.2020.8.17.3090	3ª CDP	20/05/2022	0	1
1412	0025522-56.2015.8.17.0001	2ª CDP	12/05/2022	1	0
4869	0636463-75.1999.8.17.0001	3ª CDP	19/07/2022	1	1
8231	0013827-30.2022.8.17.9000	4ª CDP	21/10/2022	0	0
42	0064034-50.2011.8.17.0001	1ª CDP	08/02/2022	1	ADIADO
542	0016562-70.2021.8.17.9000	1ª CDP	11/02/2022	0	0
2201	0000488-40.2019.8.17.3590	2ª CDP	10/02/2022	1	0
8103	0028360-78.2018.8.17.2001	4ª CDP	07/10/2022	0	1
4410	0006805-64.2013.8.17.0001	3ª CDP	08/02/2022	1	ADIADO
6283	0000209-28.2020.8.17.2100	4ª CDP	04/02/2022	0	0
8028	0014811-35.2017.8.17.2001	4ª CDP	30/09/2022	0	1
58	0002395-09.2015.8.17.1030	1ª CDP	08/02/2022	1	ADIADO
4960	0000008-58.2020.8.17.2610	3ª CDP	18/02/2022	0	1
3016	0018724-20.2020.8.17.2001	2ª CDP	26/05/2022	1	0

79	0006422- 58.2015.8.17.0990	1ª CDP	08/02/2022	1	ADIADO
7613	0004005- 72.2016.8.17.2001	4ª CDP	30/08/2022	0	0
5344	0000364- 13.2012.8.17.0580	4ª CDP	01/06/2022	1	1
7409	0005263- 62.2022.8.17.9000	4ª CDP	15/07/2022	0	0
480	0000405- 77.2012.8.17.0580	1ª CDP	26/04/2022	1	0
2012	0035023- 39.2012.8.17.0001	2ª CDP	10/02/2022	1	0
4729	0001560- 16.2012.8.17.0710	3ª CDP	22/11/2022	1	0
7700	0007153- 36.2022.8.17.9000	4ª CDP	02/09/2022	0	0
2432	0000061- 17.2021.8.17.2218	2ª CDP	19/02/2022	1	1
6827	0001889- 28.2015.8.17.2810	4ª CDP	20/04/2022	0	0
3609	0017176- 41.2022.8.17.9000	2ª CDP	01/12/2022	1	0
5831	0000334- 05.2018.8.17.3510	4ª CDP	13/04/2022	1	1
3767	0114246- 45.2018.8.17.2001	2ª CDP	10/03/2022	0	0
5415	0019461- 34.2005.8.17.0001	4ª CDP	08/06/2022	1	1
2216	0001779- 29.2021.8.17.3130	2ª CDP	10/02/2022	1	0
3332	0000792- 69.2008.8.17.0730	2ª CDP	18/08/2022	1	1
4183	0006696- 04.2022.8.17.9000	2ª CDP	06/10/2022	0	CONFLITO
5037	0011495- 61.2020.8.17.9000	3ª CDP	06/05/2022	0	0
7706	0006641- 53.2022.8.17.9000	4ª CDP	02/09/2022	0	0
3701	0017591- 58.2021.8.17.9000	2ª CDP	27/01/2022	0	1
4195	0000011- 86.2018.8.17.2770	2ª CDP	06/10/2022	0	1

3614	0155225-89.2018.8.17.2990	2ª CDP	01/12/2022	1	ADIADO
2906	0027155-43.2020.8.17.2001	2ª CDP	28/04/2022	1	0
3819	0003885-27.2016.8.17.2810	2ª CDP	28/04/2022	0	0
8528	0000582-91.2019.8.17.2230	4ª CDP	25/11/2022	0	0
6018	0000753-45.2015.8.17.1080	4ª CDP	08/06/2022	1	0
2774	0005840-38.2016.8.17.2990	2ª CDP	17/03/2022	1	0
3493	0012933-54.2022.8.17.9000	2ª CDP	13/10/2022	1	0
2648	0000130-59.2016.8.17.3500	2ª CDP	11/03/2022	1	1
1087	0002967-57.2021.8.17.3130	1ª CDP	06/05/2022	0	0
3738	0059756-05.2020.8.17.2001	2ª CDP	24/02/2022	0	0
75	0012262-19.2009.8.17.0001	1ª CDP	08/02/2022	1	ADIADO
6147	0030472-89.2007.8.17.0001	4ª CDP	14/09/2022	1	1
8261	0005480-27.2017.8.17.2810	4ª CDP	27/10/2022	0	0
2194	0012212-39.2021.8.17.9000	2ª CDP	10/02/2022	1	1
7070	0087909-82.2019.8.17.2001	4ª CDP	20/05/2022	0	0
8814	0000278-61.2007.8.17.0210	4ª CDP	16/12/2022	0	1
4947	0032793-62.2017.8.17.2001	3ª CDP	18/02/2022	0	0
5836	0047291-28.2012.8.17.0001	4ª CDP	20/04/2022	1	0
752	0000096-29.2019.8.17.2870	1ª CDP	25/02/2022	0	1
3181	0002805-72.2022.8.17.9000	2ª CDP	14/07/2022	1	1
333	0000812-37.2014.8.17.1090	1ª CDP	03/05/2022	1	1

132	0001401- 23.2014.8.17.1480	1ª CDP	22/02/2022	1	1
7407	0076012- 57.2019.8.17.2001	4ª CDP	15/07/2022	0	1
2015	0003726- 49.2015.8.17.0990	2ª CDP	10/02/2022	1	1
2169	0055311- 12.2018.8.17.2001	2ª CDP	10/02/2022	1	0
6204	0033016- 55.2004.8.17.0001	4ª CDP	19/10/2022	1	0
6265	0076362- 11.2020.8.17.2001	4ª CDP	04/02/2022	0	0
4685	0000078- 80.2015.8.17.0240	3ª CDP	03/05/2022	1	1
4098	0000373- 62.2017.8.17.2790	2ª CDP	08/09/2022	0	0
7870	0026372- 54.2017.8.17.2810	4ª CDP	16/09/2022	0	0
6901	0015722- 60.2021.8.17.9000	4ª CDP	13/05/2022	0	0
7993	0000289- 37.2020.8.17.2570	4ª CDP	23/09/2022	0	0
4926	0000069- 84.2018.8.17.2610	3ª CDP	02/02/2022	0	0
2675	0000160- 09.2009.8.17.0730	2ª CDP	17/03/2022	1	0
2924	0004436- 51.2022.8.17.9000	2ª CDP	28/04/2022	1	1
3633	0000079- 39.2022.8.17.2950	2ª CDP	15/12/2022	1	0
4930	0001158- 86.2020.8.17.2218	3ª CDP	02/02/2022	0	1
5350	0026732- 45.2015.8.17.0001	4ª CDP	01/06/2022	1	0
5387	0087132- 59.2014.8.17.0001	4ª CDP	01/06/2022	1	ADIADO
6189	0065362- 83.2009.8.17.0001	4ª CDP	14/09/2022	1	0
6968	0002157- 92.2022.8.17.9000	4ª CDP	13/05/2022	0	1
8679	0029953- 38.2021.8.17.2810	4ª CDP	09/12/2022	0	0

6608	0005903- 26.2019.8.17.3130	4ª CDP	04/03/2022	0	0
8238	0005692- 82.2016.8.17.2810	4ª CDP	21/10/2022	0	1
7350	0001764- 12.2018.8.17.9000	4ª CDP	22/06/2022	0	0
64	0069761- 58.2009.8.17.0001	1ª CDP	08/02/2022	1	ADIADO
426	0012126- 21.2018.8.17.2001	1ª CDP	12/04/2022	1	1
8682	0000424- 29.2022.8.17.3330	4ª CDP	09/12/2022	0	0
6685	0056238- 75.2018.8.17.2001	4ª CDP	15/04/2022	0	0
3943	0000307- 84.2019.8.17.2120	2ª CDP	09/06/2022	0	0
940	0019304- 68.2021.8.17.9000	1ª CDP	08/04/2022	0	1
6057	0003092- 50.2014.8.17.0000	4ª CDP	17/08/2022	1	1
1267	0000085- 81.2017.8.17.1540	2ª CDP	24/02/2022	1	0
1664	0000031- 04.2020.8.17.2610	2ª CDP	29/09/2022	1	0
5061	0000674- 71.2020.8.17.2218	3ª CDP	06/05/2022	0	0
5208	0000286- 61.2021.8.17.9000	3ª CDP	17/06/2022	0	1
6042	0000670- 67.2009.8.17.1200	4ª CDP	08/06/2022	1	0
2137	0006630- 48.2020.8.17.3130	2ª CDP	10/02/2022	1	0
6329	0000029- 57.2020.8.17.3540	4ª CDP	11/02/2022	0	0
5433	0000405- 26.2017.8.17.0120	4ª CDP	08/06/2022	1	0
6200	0011725- 53.2015.8.17.0990	4ª CDP	14/09/2022	1	ADIADO
3903	0002809- 65.2016.8.17.2810	2ª CDP	02/06/2022	0	0
1258	0027464- 36.2009.8.17.0001	2ª CDP	24/02/2022	1	1

1734	0031905- 88.2020.8.17.2001	2ª CDP	29/09/2022	1	1
8709	0071167- 74.2022.8.17.2001	4ª CDP	09/12/2022	0	1
8423	0000273- 92.2021.8.17.3170	4ª CDP	25/11/2022	0	1
7582	0089832- 46.2019.8.17.2001	4ª CDP	30/08/2022	0	0
7717	0033155- 56.2021.8.17.3090	4ª CDP	02/09/2022	0	0
7479	0038997- 17.2021.8.17.3090	4ª CDP	22/07/2022	0	1
6195	0001562- 42.2013.8.17.0001	4ª CDP	14/09/2022	1	0
2639	0013690- 33.2018.8.17.2810	2ª CDP	11/03/2022	1	0
3877	0121546- 29.2016.8.17.2001	2ª CDP	19/05/2022	0	1
329	0033617- 75.2015.8.17.0001	1ª CDP	03/05/2022	1	1
8183	0051090- 20.2017.8.17.2001	4ª CDP	14/10/2022	0	1
8635	0000021- 69.2021.8.17.2530	4ª CDP	09/12/2022	0	1
8465	0068615- 15.2017.8.17.2001	4ª CDP	25/11/2022	0	0
3667	0009982- 67.2021.8.17.2810	2ª CDP	15/12/2022	1	0
7324	0013380- 27.2018.8.17.2810	4ª CDP	22/06/2022	0	0
8527	0041981- 79.2017.8.17.2001	4ª CDP	25/11/2022	0	0
1678	0001212- 53.2020.8.17.3220	2ª CDP	29/09/2022	1	0
1681	0010550- 22.2020.8.17.2001	2ª CDP	29/09/2022	1	1
1639	0032891- 77.2010.8.17.0001	2ª CDP	29/09/2022	1	0
1733	0013359- 56.2021.8.17.3130	2ª CDP	29/09/2022	1	0
7258	0059329- 08.2020.8.17.2001	4ª CDP	17/06/2022	0	0

3986	0000047- 38.1997.8.17.0710	2ª CDP	09/06/2022	0	0
3625	0013837- 74.2022.8.17.9000	2ª CDP	15/12/2022	1	1
2333	0017133- 91.2018.8.17.2001	2ª CDP	19/02/2022	1	0
4283	0010315- 39.2022.8.17.9000	2ª CDP	15/12/2022	0	0
7869	0014786- 98.2022.8.17.9000	4ª CDP	16/09/2022	0	1
5643	0026970- 11.2008.8.17.0001	4ª CDP	02/02/2022	1	0
1007	0003129- 62.2022.8.17.9000	1ª CDP	29/04/2022	0	1
6798	0018983- 33.2021.8.17.9000	4ª CDP	20/04/2022	0	0
8518	0017052- 58.2022.8.17.9000	4ª CDP	25/11/2022	0	1
1888	0004838- 85.2013.8.17.0420	2ª CDP	27/01/2022	1	0
5296	0008186- 61.2022.8.17.9000	3ª CDP	12/08/2022	0	1
1833	0003965- 32.2013.8.17.0470	2ª CDP	15/12/2022	1	ADIADO
4892	0014040- 70.2021.8.17.9000	3ª CDP	19/07/2022	1	0
6005	0020404- 58.2021.8.17.9000	4ª CDP	06/07/2022	1	0
1869	0056931- 26.2010.8.17.0001	2ª CDP	27/01/2022	1	0
1349	0028653- 44.2012.8.17.0001	2ª CDP	28/04/2022	1	1
1472	0068076- 84.2007.8.17.0001	2ª CDP	09/06/2022	1	0
5480	0049748- 28.2015.8.17.0001	4ª CDP	15/06/2022	1	1
5636	0047161- 70.2011.8.17.0810	4ª CDP	02/02/2022	1	0
5937	0004508- 49.2010.8.17.0370	4ª CDP	18/05/2022	1	0
3691	0000966- 56.2020.8.17.2218	2ª CDP	27/01/2022	0	1

2049	0000946- 71.2014.8.17.1120	2ª CDP	10/02/2022	1	1
4732	0000084.2008.8.17.1030	3ª CDP	22/11/2022	1	1
187	0009204- 98.2012.8.17.0810	1ª CDP	08/03/2022	1	1
7996	0009422- 48.2022.8.17.9000	4ª CDP	23/09/2022	0	0
8468	0076956- 59.2019.8.17.2001	4ª CDP	25/11/2022	0	1
5651	0113373- 03.1996.8.17.0001	4ª CDP	02/02/2022	1	1
3472	0000542- 43.2022.8.17.2218	2ª CDP	22/09/2022	1	0
560	0003042- 77.2020.8.17.9000	1ª CDP	11/02/2022	0	0
3733	0001431- 90.2017.8.17.2470	2ª CDP	24/02/2022	0	1
2464	0014752- 40.2020.8.17.2810	2ª CDP	19/02/2022	1	1
7649	0001320- 37.2022.8.17.9000	4ª CDP	02/09/2022	0	0
6634	0014365- 45.2021.8.17.9000	4ª CDP	18/03/2022	0	1
2588	0124091- 04.2018.8.17.2001	2ª CDP	10/03/2022	1	0
4333	0002483- 67.2017.8.17.1130	3ª CDP	08/02/2022	1	0
8503	0016628- 16.2022.8.17.9000	4ª CDP	25/11/2022	0	0
3540	0000040- 13.2017.8.17.2790	2ª CDP	10/11/2022	1	1
3483	0003813- 17.2021.8.17.2470	2ª CDP	13/10/2022	1	1
3713	0004770- 22.2021.8.17.9000	2ª CDP	24/02/2022	0	0
5616	0017557- 72.1988.8.17.0001	4ª CDP	02/02/2022	1	0
1066	0001663- 05.2017.8.17.2470	1ª CDP	29/04/2022	0	1
3462	0006530- 08.2019.8.17.3590	2ª CDP	22/09/2022	1	0

6093	0023985-65.1991.8.17.0001	4ª CDP	31/08/2022	1	1
5016	0041525-24.2021.8.17.3090	3ª CDP	18/04/2022	0	1
2309	0011891-25.2016.8.17.2001	2ª CDP	19/02/2022	1	0
5976	0001992-55.2021.8.17.2218	4ª CDP	15/06/2022	1	1
772	0029668-58.2019.8.17.2990	1ª CDP	25/02/2022	0	0
2405	0043245-34.2017.8.17.2001	2ª CDP	19/02/2022	1	0
1559	0029279-15.2002.8.17.0001	2ª CDP	01/09/2022	1	1
7848	0004622-76.2020.8.17.3590	4ª CDP	16/09/2022	0	0
6437	0019128-89.2021.8.17.9000	4ª CDP	11/02/2022	0	0
1961	0023420-30.2013.8.17.0810	2ª CDP	10/02/2022	1	1
4245	0006489-78.2017.8.17.9000	2ª CDP	27/10/2022	0	0
5523	0001968-56.2014.8.17.1350	4ª CDP	06/07/2022	1	0
1073	0003935-97.2022.8.17.9000	1ª CDP	06/05/2022	0	1
8763	0001423-41.2006.8.17.0420	4ª CDP	09/12/2022	0	0
5326	0001420-89.2022.8.17.9000	3ª CDP	26/08/2022	0	0
4775	0049341-90.2013.8.17.0001	3ª CDP	21/06/2022	1	1
1611	0000717-74.1994.8.17.0001	2ª CDP	29/09/2022	1	0
1917	0051117-57.2015.8.17.0001	2ª CDP	10/02/2022	1	0
4131	0010967-56.2022.8.17.9000	2ª CDP	29/09/2022	0	1
3684	0000037-34.2020.8.17.3540	2ª CDP	27/01/2022	0	0
5315	0004085-49.2020.8.17.9000	3ª CDP	26/08/2022	0	0

1811	0005976- 57.2011.8.17.0000	2ª CDP	01/12/2022	1	1
771	0072288- 16.2017.8.17.2001	1ª CDP	25/02/2022	0	0
3623	0027930- 58.2020.8.17.2001	2ª CDP	15/12/2022	1	1
929	0002989- 30.2020.8.17.3590	1ª CDP	08/04/2022	0	1
2667	0044185- 53.2015.8.17.0001	2ª CDP	17/03/2022	1	1
5509	0127594- 34.2009.8.17.0001	4ª CDP	22/06/2022	1	1
5897	0000506- 06.2011.8.17.1080	4ª CDP	04/05/2022	1	0
5595	0001485- 04.2011.8.17.0001	4ª CDP	02/02/2022	1	0
4004	0021261- 28.2016.8.17.2001	2ª CDP	09/06/2022	0	0
3164	0017953- 47.2017.8.17.2001	2ª CDP	07/07/2022	1	0
7164	0033484- 06.2019.8.17.2810	4ª CDP	03/06/2022	0	1
5670	0048079- 13.2010.8.17.0001	4ª CDP	02/02/2022	1	ADIADO
2433	0000783- 62.2019.8.17.2140	2ª CDP	19/02/2022	1	0
6851	0002361- 39.2022.8.17.9000	4ª CDP	27/04/2022	0	0
113	0015236- 95.2010.8.17.0000	1ª CDP	22/02/2022	1	0
5752	0034447- 42.1995.8.17.0001	4ª CDP	23/03/2022	1	0
2417	0037782- 48.2016.8.17.2001	2ª CDP	19/02/2022	1	0
6586	0001908- 54.2020.8.17.2100	4ª CDP	04/03/2022	0	1
2826	0046580- 27.2018.8.17.2001	2ª CDP	31/03/2022	1	0
6154	0004612- 96.2012.8.17.1590	4ª CDP	14/09/2022	1	0
8362	0013698- 10.2018.8.17.2810	4ª CDP	25/11/2022	0	0

1741	0011361- 63.2022.8.17.9000	2ª CDP	29/09/2022	1	1
4541	0000144- 93.2017.8.17.0950	3ª CDP	22/03/2022	1	1
5322	0007907- 93.2018.8.17.3090	3ª CDP	26/08/2022	0	1
129	0047537- 97.2007.8.17.0001	1ª CDP	22/02/2022	1	0
3027	0081855- 66.2020.8.17.2001	2ª CDP	26/05/2022	1	0
6995	0022056- 13.2021.8.17.9000	4ª CDP	13/05/2022	0	0
4542	0028233- 05.2013.8.17.0001	3ª CDP	22/03/2022	1	1
2456	0000549- 31.2017.8.17.2470	2ª CDP	19/02/2022	1	0
3512	0025951- 64.2017.8.17.2810	2ª CDP	20/10/2022	1	1
3664	0000731- 21.2022.8.17.2218	2ª CDP	15/12/2022	1	1
1802	0000718- 95.2016.8.17.1130	2ª CDP	01/12/2022	1	0
618	0017716- 26.2021.8.17.9000	1ª CDP	18/02/2022	0	0
2536	0021621- 94.2015.8.17.2001	2ª CDP	07/03/2022	1	0
6715	0001298- 86.2021.8.17.2218	4ª CDP	15/04/2022	0	1
6568	0032584- 30.2016.8.17.2001	4ª CDP	18/02/2022	0	0
1647	0663788- 25.1999.8.17.0001	2ª CDP	29/09/2022	1	0
6976	0001640- 69.2019.8.17.3220	4ª CDP	13/05/2022	0	0
3351	0033766- 51.2016.8.17.2001	2ª CDP	25/08/2022	1	0
8460	0000316- 67.2018.8.17.3450	4ª CDP	25/11/2022	0	0
4285	0000481- 30.2018.8.17.3090	2ª CDP	15/12/2022	0	1
6121	0001286- 14.2013.8.17.0970	4ª CDP	31/08/2022	1	1

3115	0016198-69.2019.8.17.9000	2ª CDP	16/06/2022	1	0
6532	0002471-61.2020.8.17.2710	4ª CDP	16/02/2022	0	1
7340	0009658-34.2021.8.17.9000	4ª CDP	22/06/2022	0	0
2053	0000445-83.2015.8.17.1120	2ª CDP	10/02/2022	1	1
1465	0077591-02.2014.8.17.0001	2ª CDP	09/06/2022	1	1
1986	0001103-72.2015.8.17.0970	2ª CDP	10/02/2022	1	0
8158	0001166-58.2021.8.17.3340	4ª CDP	07/10/2022	0	0
4972	0000596-55.2021.8.17.9004	3ª CDP	18/02/2022	0	0
7663	0015887-58.2018.8.17.2810	4ª CDP	02/09/2022	0	1
1211	0043624-68.2011.8.17.0001	2ª CDP	24/02/2022	1	1
1181	0018998-02.2021.8.17.9000	1ª CDP	27/05/2022	0	0
1864	0008845-32.2010.8.17.1130	2ª CDP	27/01/2022	1	0
4687	0007532-91.2011.8.17.0001	3ª CDP	03/05/2022	1	0
6223	0050893-59.2011.8.17.0810	4ª CDP	09/11/2022	1	ADIADO
3180	0000047-13.2021.8.17.3130	2ª CDP	14/07/2022	1	0
905	0043902-10.2016.8.17.2001	1ª CDP	08/04/2022	0	0
1811	REPETIDO	REPETIDO	REPETIDO	REPETIDO	REPETIDO
1888	REPETIDO	REPETIDO	REPETIDO	REPETIDO	REPETIDO
2644	0014935-94.2022.8.17.9000	2ª CDP	11/03/2022	1	0
3232	0008286-50.2021.8.17.9000	2ª CDP	21/07/2022	1	0
4514	0003312-15.2008.8.17.0370	3ª CDP	22/03/2022	1	0
6720	0025414-65.2020.8.17.2001	4ª CDP	15/04/2022	0	0

4998	0002564- 49.2017.8.17.3350	3ª CDP	18/04/2022	0	0
1572	0002163- 75.2013.8.17.1350	2ª CDP	01/09/2022	1	1
8035	0000740- 46.2021.8.17.3340	4ª CDP	30/09/2022	0	1
6051	0032995- 86.2018.8.17.0810	4ª CDP	10/08/2022	1	0
2721	0066619- 70.2014.8.17.0001	2ª CDP	17/03/2022	1	1
4739	0004325- 11.2016.8.17.0001	3ª CDP	22/11/2022	1	0
3152	0005620- 58.2020.8.17.2001	2ª CDP	07/07/2022	1	0

DEZ ANOS DA EDIÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2025. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: ESCORÇO LEGISLATIVO PARA A SUA MELHOR COMPREENSÃO.³⁷

**TEN YEARS OF THE CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015.
INCIDENT OF RESOLUTION OF MULTIPLE CLAIMS: LEGISLATIVE OUTLINE FOR BETTER
UNDERSTANDING.**

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2). Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Estácio de Sá (Unesa) e do Ibmec. Pós-Doutor pela Universidade de Regensburg, Alemanha. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Johann Wolfgang-Goethe-Universität (Frankfurt am Main, Alemanha). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Membro e diretor da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ), do Instituto Ibero-americano de Direito Processual (IIDP) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da International Association of Procedural Law (IAPL). Diretor-Geral da Escola da Magistratura Regional Federal (EMARF) da Segunda Região. Integrou a Comissão de Juristas que acompanhou a redação final do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 no Senado Federal. E-mail: aluisiomendes@terra.com.br

Carolina Paes de Castro Mendes

Professora Adjunta do Departamento de Processo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre, Doutora e Pós-Doutoranda em Direito Processual pela UERJ. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada. Vice-Presidente da Comissão da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Rio de Janeiro (OAB-RJ) para a Justiça Federal e Membro da Comissão de Direitos Autorais da OAB-RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). E-mail: carolinapcmendes@yahoo.com.br.

³⁷ Artigo recebido em 16/04/2025 e aprovado em 16/04/2025.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o desenvolvimento histórico da criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), especialmente no que diz respeito ao processo legislativo, no bojo da elaboração do Código de Processo Civil de 2015. Pretende-se, com isso, resgatar a genealogia do instituto, permitindo-se um entendimento mais claro e fidedigno com o seu escopo, natureza e funcionamento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual; IRDR; processo legislativo; texto final.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyse the historical development of the creation of the Incident for the Resolution of Repetitive Demands (IRDR), especially regarding the legislative process in the context of the drafting of the 2015 Code of Civil Procedure. The aim is to recover the institute's genealogy, allowing for a clearer and more reliable understanding of its scope, nature and procedure.

KEYWORDS: Procedural Law; IRDR; special appeal; Admissibility; pending case.

A exposição histórica em torno da elaboração do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é importante, especialmente por dois motivos. O primeiro, naturalmente, diz respeito à documentação e perpetuação de todo o processo prévio e legislativo que resultou na criação do IRDR. O segundo, que decorre do primeiro, está relacionado ao fornecimento de

elementos que propiciem a melhor compreensão do instituto, a partir de uma interpretação autêntica e sistemática.

1 A FORMULAÇÃO DA PROPOSIÇÃO NA COMISSÃO DE JURISTAS, O (ANTE)PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O TEXTO APROVADO NO SENADO FEDERAL

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, como mencionado anteriormente, surgiu na Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal para a elaboração do Anteprojeto de novo Código de Processo Civil. Logo no início dos trabalhos, sob a presidência de Luiz Fux, estabeleceu-se que cada integrante formularia proposições para serem debatidas. A proposta do instituto foi apresentada na Comissão por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, tendo recebido, inicialmente, a denominação de Incidente de Coletivização. A ideia, acolhida pela Comissão, buscava estabelecer um mecanismo que pudesse ser utilizado a partir da primeira instância, sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica. Pretendia-se o fortalecimento do precedente, sucedendo, mas diferenciando-se, contudo, do incidente de uniformização de jurisprudência, do Código de Processo Civil de 1973.

No primeiro documento público em que foram expostas as proposições formuladas pela Comissão,

o novo instituto já assumia uma posição de destaque:

Tendo como premissa esse objetivo, construiu-se a proposta de instituição de um incidente de coletivização dos denominados litígios de massa, o qual evitará a multiplicação das demandas, na medida em que o seu reconhecimento numa causa representativa de milhares de outras idênticas, imporá a suspensão de todas, habilitando o magistrado na ação primeira, dotada de amplíssima defesa, com todos os recursos previstos nas leis processuais, proferir uma decisão com largo espectro, definindo o direito controvertido de tantos quantos se encontram na mesma situação jurídica, trazendo uma solução de mérito consagrada do princípio da isonomia constitucional.³⁸

O texto acima poderia sugerir que o novo instituto seria semelhante ao *Musterverfahren* (procedimento-modelo) adotado na Alemanha no âmbito do direito público (nos ramos da Administração Pública e da Previdência e Assistência Social), que é processado e julgado, inicialmente, pelo próprio órgão de primeiro grau.

Em junho de 2010, veio a lume o texto do Anteprojeto de novo CPC, confirmando a inspiração alemã, mas dentro de um regramento

significativamente mais próximo do sistema adotado para o *Musterverfahren* do mercado de capitais, introduzido com a KapMuG, em 2005, como se pode observar na respectiva exposição de motivos:

Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia. Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão¹⁸ excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados. Com os mesmos objetivos, criou-se, com

³⁸ O documento, subscrito pelo presidente da Comissão, Luiz Fux e datado de janeiro de 2010, encontra-se no link

https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf (acessado em 03.11.2016).

inspiração no direito alemão,¹⁹ o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.²⁰ O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes. É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberão ao tribunal pleno ou ao órgão especial, onde houver, e a extensão da eficácia da decisão

acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de amici curiae. O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo os que envolvam réu preso ou pedido de habeas corpus. O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão do incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida. Enfim, não observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente.”³⁹

³⁹ Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas, *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, 2010. Seguem as notas mencionadas na transcrição: “18 A preocupação com essa possibilidade não é recente. ALFREDO BUZAID já aludia a ela, advertindo que há uma grande diferença entre as decisões adaptadas ao contexto histórico em que proferidas e aquelas que prestigiam interpretações contraditórias da mesma disposição legal, apesar de iguais as situações concretas em que proferidas. Nesse sentido: “Na verdade, não repugna ao jurista que os tribunais, num louvável esforço de adaptação, sujeitem a mesma regra a entendimento diverso, desde que se alterem as condições econômicas, políticas e sociais; mas repugna-lhe que sobre a mesma regra jurídica dêem os tribunais interpretação diversa e até contraditória, quando as condições em que ela foi editada continuam

as mesmas. O dissídio resultante de tal exegese debilita a autoridade do Poder Judiciário, ao mesmo passo que causa profunda decepção às partes que postulam perante os tribunais” (Uniformização de Jurisprudência. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 34/139, jul. 1985). 19 No direito alemão a figura se chama Musterverfahren e gera decisão que serve de modelo (= Muster) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu. (RALF-THOMAS WITTMANN. Il “contenzioso di massa” in Germania, in GIORGETTI ALESSANDRO e VALERIO VALLEFUOCO, Il Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo, Milão, Giuffrè, 2008, p. 178). 20 Tais medidas refletem, sem dúvida, a tendência de coletivização do processo, assim explicada por RODOLFO DE CAMARGO

A configuração inicial do IRDR revela a criação de um instituto novo, que, embora tenha recebido a inspiração alemã, assumia características próprias, com a conjugação de instrumentos nacionais e a introdução de aspectos genuínos.

No ordenamento brasileiro, pode-se assinalar que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas complementa o sistema de julgamento de litígios seriados que foi inaugurado, respectivamente em 2006 e 2008, com os recursos extraordinários e especiais repetitivos. Estes mecanismos careciam de solução que propiciasse economia mais efetiva para toda a estrutura jurisdicional, em especial para o primeiro e segundo graus de jurisdição, que continuavam tendo que julgar de modo atomizado e anti-isonômico as demandas de massa e as questões comuns. Nesse sentido, o art. 848 do anteprojeto, na essência reproduzido no texto final do art. 928 do CPC, já apontava para um sistema de julgamento de casos repetitivos, ainda que algumas peculiaridades fossem mantidas para cada uma das espécies (IRDR e recursos repetitivos).

Em segundo lugar, o antigo Incidente de Uniformização de Jurisprudência era, de certo modo, sucedido pelo IRDR, no anteprojeto, e depois também pelo Incidente de Assunção de Competência (IAC). Mas, o projetado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas incorporava ainda a sistemática de outro mecanismo já conhecido do ordenamento jurídico brasileiro: o Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade, especialmente no que dizia respeito ao procedimento de fracionamento do julgamento em duas fases: a) o órgão judicial fracionário ou de primeiro grau suscitarium o incidente e, depois de apreciado o seu mérito, efetuariam o julgamento do caso concreto; b) o órgão mais amplo do tribunal, inicialmente o plenário ou o órgão especial (na redação final, o que fosse definido pelo regimento interno), apreciaria a admissibilidade e o mérito do incidente, que seria concentrado na resolução da “questão jurídica”, com a fixação da “tese jurídica”. Por fim, haveria semelhança quanto à suspensão do processo, que ficaria aguardando a apreciação do incidente, e no efeito vinculativo do julgamento

MANCUSO: “Desde o último quartel do século passado, foi tomando vulto o fenômeno da ‘coletivização’ dos conflitos, à medida que, paralelamente, se foi reconhecendo a inaptidão do processo civil clássico para instrumentalizar essas megacontrovérsias, próprias de uma conflitiva sociedade de massas. Isso explica a proliferação de ações de cunho coletivo, tanto na Constituição Federal (arts. 5.o, XXI; LXX, ‘b’; LXXIII; 129, III) como na legislação processual extravagante, empolgando segmentos sociais de largo espectro: consumidores, infância e juventude; deficientes físicos; investidores no mercado de capitais; idosos; torcedores de

modalidades desportivas, etc. Logo se tornou evidente (e premente) a necessidade da oferta de novos instrumentos capazes de recepcionar esses conflitos assim potencializado, seja em função do número expressivo (ou mesmo indeterminado) dos sujeitos concernentes, seja em função da indivisibilidade do objeto litigioso, que o torna insuscetível de partição e fruição por um titular exclusivo” (A resolução de conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 379-380).”

proferido no incidente, pois o órgão originário ficaria adstrito ao posicionamento adotado na resolução do incidente.

A técnica do incidente de declaração de inconstitucionalidade, na versão do IRDR, seria, contudo, ampliada nas suas potencialidades, principalmente quanto a dois aspectos: a) seria adotada também diante de processos que estivessem tramitando no juízo de primeiro grau; b) contra a decisão proferida no IRDR, caberia diretamente a interposição dos recursos especial e extraordinário.

O anteprojeto da Comissão de Juristas foi convertido no Projeto de Lei nº 166, de 2010, tendo sido o teor do texto referente ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, praticamente, mantido⁴⁰ na sua integralidade, na versão que foi aprovada, em primeiro turno, no Senado Federal.

2 A VERSÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO TEXTO APROVADO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS⁴¹

No substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados, houve modificações significativas em relação ao texto anteriormente aprovado no Senado Federal.

A primeira dela foi quanto ao afastamento do caráter, de certo modo, preventivo, que estava presente na versão anterior, pois o incidente seria cabível “sempre que identificada controvérsia com **potencial** de gerar relevante multiplicação de processos”. No texto da Câmara, passou-se a exigir “**efetiva repetição de processos**”. Esta primeira mudança no texto, por si só, não ensejou maiores resistências, tanto que foi posteriormente mantida, como se verá oportunamente, na redação final aprovada no Senado Federal.

Houve significativa redução no campo de cabimento e de aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em razão (a) da exclusão do juiz do rol de legitimados para suscitar o incidente; (b) do incidente somente poder ser provocado na pendência de processo no tribunal, afastando-se o cabimento do incidente enquanto não houver processo, tramitando no tribunal, que contenha a controvérsia sobre a questão comum de direito.

No que diz respeito à legitimação, se, por um lado, houve a exclusão do juiz de primeiro grau, por outro, a redação da Câmara ampliou a relação, para incluir a pessoa jurídica de direito público e a associação civil cuja finalidade institucional inclua a defesa do interesse ou direito objetivo do incidente. Esta ampliação, entretanto,

⁴⁰ Houve modificações tão somente na ordem e numeração de alguns artigos. Vide os artigos 895 a 906 do Anteprojeto e artigos 930 a 941 do Projeto nº 166/2010, na versão aprovada no Senado.

⁴¹ Sobre as duas versões, ou seja, a do Senado em primeiro turno e a da Câmara dos

Deputados, vide BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal PLS n. 166/2010 e Câmara dos Deputados PL n. 8.046/2010*, São Paulo: Saraiva, 2014.

não subsistiu na redação final aprovada no Senado Federal.

Importante acréscimo realizado na Câmara, mas que não perdurou no texto que acabou sendo cancelado no Senado, foi o da suspensão da prescrição em relação às pretensões pertinentes à questão de direito submetida ao IRDR. A previsão, como se verá oportunamente, que se encontra presente, com peculiaridades, também no procedimento-modelo do mercado de capitais no ordenamento alemão, parece ser uma peça importante dentro do sistema de julgamento de causas repetitivas, para que o incidente de resolução da questão comum possa alcançar o seu objetivo pleno. Se devidamente divulgada a sua pendência e a desnecessidade do ajuizamento das demandas repetitivas, em razão da suspensão do lapso prescricional, parece ser indubitável que a medida seria um grande estímulo no sentido de se conter o ajuizamento em massa durante a pendência do IRDR.

Por outro lado, na Câmara foram incorporadas importantes regras que acabaram se mantendo no texto definitivo, como: a) a da possibilidade de ser novamente suscitado incidente anteriormente inadmitido por falta de pressuposto, desde que este esteja presente na reiteração; b) a do descabimento do incidente quando a

questão de direito já estiver afetada para decisão em recurso extraordinário ou especial repetitivo; c) a isenção de custas no IRDR.

Quanto ao prazo para o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o lapso de seis meses foi ampliado para um ano, que se manteve na redação final, sendo, de fato, mais consentâneo com a realidade dos tribunais no âmbito nacional.

Por fim, mas não menos importante foi a inclusão feita na Câmara dos Deputados, no sentido de se estabelecer que a tese jurídica fixada a partir do julgamento do incidente seria aplicada a todos os processos que tramitem na área do respectivo tribunal, **inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais** do respectivo Estado ou região. (grifos nossos) A sugestão de inclusão, que foi apresentada pela Comissão Permanente de Processo Civil da Associação dos Juizes Federais (AJUFE), possui grande alcance, considerando o excessivo volume de processos que tramitam no âmbito dos juizados especiais⁴². Entretanto, a proposta era mais ampla, pois atribuía aos próprios órgãos dos juizados especiais a competência para a apreciação do IRDR, compatibilizando-se, assim, com a respectiva estrutura e competência⁴³.

⁴² Os números são elevados. Somente em 2015, foram 6.360.854 casos novos nos juizados especiais, representando 28,63% do montante protocolado em primeiro grau. Dos processos pendentes em primeiro grau (68.475.728), no final de 2015, 7.763.123 estavam nos juizados especiais, representando 11,33% do total de processos no primeiro grau de jurisdição. Os

dados são do Justiça em Números 2016, conforme link <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>, acessado em 15.11.2016.

⁴³ A proposta era de que os órgãos equivalentes nos juizados especiais, tais como as turmas reunidas, no âmbito regional ou estadual, de acordo com a estruturação pertinente, ficassem

3 O IRDR NA REDAÇÃO FINAL APROVADA NO SENADO FEDERAL E NO TEXTO SANCIONADO

A análise detalhada da redação final aprovada se fará ao longo dos próximos capítulos. Cabe, neste momento, apenas assinalar que a modificação mais sensível efetuada por ocasião da aprovação final no Senado Federal foi quanto à concepção pretendida pela Câmara dos Deputados, no sentido de condicionar o cabimento do Incidente de Resolução de Demandas repetitivas à existência de processo em tramitação no tribunal de segundo grau. Como já apontado, esta visão já se contrapunha ao anteprojeto redigido pela Comissão de Juristas, bem como à versão aprovada em primeiro turno no Senado.

Ressalte-se que o objetivo do IRDR estava focado na economia processual, na isonomia, na segurança jurídica e na busca da duração razoável dos processos. Em princípio, para que estes objetivos já pudessem se sentir, de modo mais direto, em todo o Poder

Judiciário, pretendia-se a sua utilização de modo mais amplo, o que seria atingido se o incidente pudesse ser acionado mais rapidamente, ou seja, a partir da multiplicação em primeiro grau, sem a necessidade de se aguardar que chegassem aos tribunais de segundo grau, seja por força de ação originária ou de recurso.

O tema foi enfrentado, com destaque, no parecer final apresentado pelo Relator no Senado Federal⁴⁴, concluindo no sentido de que:

Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 988 do SCD desfiguram o incidente de demandas repetitivas. Com efeito, é nociva a eliminação da possibilidade da sua instauração em primeira instância, o que prolonga situações de incerteza e estimula uma desnecessária multiplicação de demandas, além de torná-lo similar à hipótese de uniformização de jurisprudência.

Na verdade, os supramencionados⁴⁵ §§ 1º e 2º, do art.

com a competência para os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas que fossem suscitados pelos órgãos dos juizados especiais, sem prejuízo da vinculação às teses fixadas pelos Tribunais Regionais ou de Justiça, quando matéria comum fosse afetada a estes órgãos. A questão será apreciada oportunamente no capítulo destinado à competência.

⁴⁴ Trata-se do parecer final nº 956, de 2014, da Comissão Temporária destinada a estudar o Substitutivo da Câmara ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil, cujo Relator era o então Senador Vital do Rêgo.

⁴⁵ A redação dos dispositivos era a seguinte:

“§ 1º O incidente pode ser suscitado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal.

§ 2º O incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal.

§ 3º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal:

I – pelo relator ou órgão colegiado, por ofício;
II – pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou por associação civil cuja finalidade institucional inclua a defesa do interesse ou direito objeto do incidente, por petição.”

988 do Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD), foram, de fato, excluídos do texto, enquanto o § 3º teve a sua redação deslocada para outro artigo e alterada, para reincluir o juiz no rol dos que poderiam suscitar o incidente.

Registre-se que houve a supressão de parte dos legitimados arrolados no dispositivo do substitutivo da Câmara (pessoa jurídica de direito público e associação civil cuja finalidade institucional incluía a defesa do interesse ou direito objeto do incidente) sem que houvesse motivação explicitada no parecer final subscrito pelo relator.

Duas outras significativas modificações foram sentidas no texto final, em relação ao teor do projeto aprovado na Câmara dos Deputados.

A primeira foi a que introduziu o parágrafo único no art. 978 do novo Código de Processo Civil. Estabeleceu-se que o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária. Este dispositivo vem sendo objeto de grande controvérsia, a começar pela sua constitucionalidade formal e material⁴⁶. No âmbito formal do processo legislativo, porque a norma não constava em nenhum dos textos anteriormente aprovados, respectivamente no Senado Federal ou na Câmara dos Deputados, embora, no parecer final, se tenha afirmado que já

estivesse implícita na redação do SCD. Sob o prisma material, a norma afrontaria o disposto no art. 96, I, a, da Constituição da República, na medida em que esta teria previsto que compete privativamente aos tribunais a elaboração dos seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. É de se notar que o próprio parecer final do Senado, em referência a outro dispositivo⁴⁷, foi enfático, ao afirmar que “desborda de seus limites quando invade, com muita intensidade, autonomia de organização interna do tribunal por meio do regimento interno”. No plano material, porque a norma estaria em afronta ao art. 96, inciso I, da Constituição da República, que atribui privativamente aos tribunais a elaboração dos seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais. Portanto, não caberia ao CPC a fixação de competência interna dos tribunais.

A outra alteração significativa foi a supressão da norma pertinente à suspensão da prescrição das pretensões, nos casos em que se repete a questão de direito. A justificativa apresentada⁴⁸ foi “que tal matéria é afeta ao Direito Civil e em razão de a suspensão da prescrição perdurar durante a tramitação do processo nos termos do parágrafo único do art. 202 do Código Civil. Não é

⁴⁶ Como será analisado no capítulo da competência.

⁴⁷ No caso, o art. 991, §§ 1º a 3º, do Substitutivo da Câmara dos Deputados. Vide parecer final, p. 179.

⁴⁸ No parecer final, p. 180, alínea “e”, referindo-se ao art. 990, § 5º, do SCD.

oportuno inserir, na norma processual, um dispositivo que poderá conflitar com esse dispositivo do Código Civil”. O relator parece ter incorrido em equívoco. Isso porque a previsão contida no SCD diz respeito à suspensão da prescrição das pretensões, abrangendo, portanto, aquelas que ainda não tenham sido demandadas.

Como supramencionado⁴⁹, a norma poderia ter um elevado alcance, tornando desnecessário, e talvez improvável, o ajuizamento de inúmeras demandas, enquanto estiver pendente o respectivo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), propiciando enorme economia para o Poder Judiciário e para as partes, especialmente nas hipóteses em que o resultado for desfavorável às pretensões. Por sua vez, o argumento topográfico, pertinente ao Código Civil, é completamente insuficiente, pois: a) a pureza material nunca foi absoluta; pelo contrário, a história demonstra a reiterada prática no sentido do cruzamento de normas entre os respectivos estatutos; b) a norma teria relação direta com o novo instituto processual criado, sendo natural, portanto, que disciplinasse os efeitos decorrentes da sua utilização, como efetuado, por exemplo, pelo legislador alemão na Lei sobre o procedimento-modelo nos conflitos relacionados ao direito do mercado mobiliário - *Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz - KapMuG)*.

Por fim, ainda quanto ao processo legislativo, mas na sua etapa final, ou seja, quando da sanção presidencial, há que se apontar a modificação realizada, a título de revisão de redação, no texto aprovado no Senado Federal, que acabou sendo encaminhado ao Poder Executivo, no art. 977, com repercussão no art. 986, do Código de Processo Civil. Na redação aprovada, o art. 977,⁵⁰ que tratava dos legitimados para suscitar o incidente, continha dois incisos, *ipsis litteris*: “I – pelo juiz ou relator, por ofício; II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública”. Entretanto, o texto que passou por “revisão de redação”, foi submetido ao Executivo e acabou sendo sancionado e publicado continha os seguintes três incisos: “I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”. Por sua vez, o artigo que correspondia (983), no parecer final aprovado, ao disposto no art. 986, fazia referência ao então inciso II, que compreendia as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Entretanto, a reestruturação realizada, após a aprovação final no Senado, não foi seguida no artigo 986, que atribui a legitimidade para o requerimento de revisão da tese firmada em IRDR apenas aos legitimados mencionados no inciso III (limitados ao Ministério Público e à Defensoria Pública). A revisão operada extrapolou, portanto, os limites do poder de revisão, alterando o alcance da

⁴⁹ No item anterior, 7.2.

⁵⁰ Que correspondia ao art. 974 do parecer final apresentado. Vide página 511 do referido documento.

norma, em afronta ao processo legislativo, devendo-se assegurar, não apenas em razão desta inconstitucionalidade formal, mas também, como decorrência do princípio do acesso à justiça e da inafastabilidade da prestação jurisdicional, a legitimidade das partes em relação ao procedimento de revisão das teses firmadas em sede de julgamento de questões comuns (repetitivas), tanto no âmbito do IRDR como no dos recursos repetitivos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas, *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal PLS n. 166/2010 e Câmara dos Deputados PL n. 8.046/2010*, São Paulo: Saraiva, 2014.
- BUZUID, Alfredo. Uniformização de Jurisprudência. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, 34/139, jul. 1985.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução de conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 379-380).
- WITTMANN, Ralf-Thomas. Il “contenzioso di massa” in Germania, in ALESSANDRO, Giorgetti; VALLEFUOCO, Valerio. *Il Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo*. Milão, Giuffrè, 2008, p. 178.

PROCEDURAL GOOD FAITH AS A PRINCIPLE OF JUSTICE.⁵¹

A BOA-FÉ PROCESSUAL COMO PRINCÍPIO DE JUSTIÇA.

Anastasia V. Melnikova

National Research University “Higher School of Economics”.
melnikova.hse@bk.ru

ABSTRACT: In most countries, law enforcement authorities actively refer to the principle of procedural good faith when adjudicating civil cases, while in many countries, including the Russian Federation, this principle has not yet been formalized. This establishes a foundation for discussing procedural good faith's content and its relationship to other principles of justice. For this reason, the purpose of this scientific article was to conduct a comprehensive study of the phenomenon of procedural good faith in order to identify it as a separate principle of justice. The author's conclusion was that the rationale for implementing provisions on good faith in the civil process of most states is objective based on the comparative legal method of research. Moreover, in fact, the principle of procedural good faith already exists in many developed legal systems, without creating, at the same time, a potential threat to other (more classical) principles of effectuation of justice. The scientific novelty of the study conducted by the author is based on taking into account modern global trends in the development of civil procedure. The author considers the general

development of the justice system's principles, which is characterized by the disappearance or narrowing of the scope of old, no longer relevant principles, and the emergence of those principles of justice effectuation that better meet modern realities, as well as the emerging trend of professionalizing civil proceedings. For this reason, the author once again confirms the obvious need (and particular relevance) for a proper study of the principle of procedural good faith, with its inherent content, its main features and properties, as well as the impact of the process of digitalization of justice on it.

KEYWORDS: good faith, civil procedure, judicial procedure, abuse of process, principle of effectuation of justice, professionalizing.

RESUMO: Na maioria dos países, as autoridades referem-se ativamente ao princípio da boa-fé processual ao julgar casos civis, enquanto em muitos países, incluindo a Federação Russa, esse princípio ainda não foi formalizado. Isso estabelece uma base para discutir o conteúdo da boa-fé processual e sua relação com outros princípios de justiça.

⁵¹ Artigo recebido em 30/03/2025 e aprovado em 04/04/2025.

Por essa razão, o objetivo deste artigo científico foi realizar um estudo abrangente do fenômeno da boa-fé processual, a fim de identificá-lo como um princípio separado de justiça. A conclusão do autor foi que a justificativa para a implementação de disposições sobre boa-fé no processo civil da maioria dos estados é objetiva com base no método de pesquisa jurídica comparada. Além disso, de fato, o princípio da boa-fé processual já existe em muitos ordenamentos jurídicos desenvolvidos, sem criar uma ameaça potencial a outros princípios (mais clássicos) de efetivação da justiça. A novidade científica do estudo realizado pelo autor baseia-se em levar em consideração as tendências globais modernas no desenvolvimento do processo civil. O autor considera o desenvolvimento geral dos princípios do sistema de justiça, que se caracteriza pelo desaparecimento ou estreitamento do escopo de princípios antigos, não mais relevantes, e o surgimento daqueles princípios de efetivação da justiça que melhor atendem às realidades modernas, bem como a tendência emergente de profissionalização do processo civil. Por essa razão, o autor confirma mais uma vez a necessidade óbvia (e particular relevância) de um estudo adequado do princípio da boa-fé processual, com seu conteúdo inerente, suas principais características e propriedades, bem como o impacto do processo de digitalização da justiça sobre ele.

PALAVRAS-CHAVE: boa-fé, processo civil, processo judicial, abuso de

processo, princípio da efetivação da justiça, profissionalização.

INTRODUCTION

Good faith for legal relationship participants in the global scientific community is directly linked to the implementation of ethical standards. It is possible to consider good faith in oneself to be a social norm (Grunewald, 2009). H. L. A. Hart's terminology identifies it as a norm of a special and distinct order that assigns a certain law-making function to the court. In this regard, most legal systems around the world consider the requirement of good faith to be one of the fundamental legal principles, which extends its effect primarily to the sphere of private (civil) law.

Thus, the principle of good faith is regulated in most civil codes, sources of substantive law of European states (Article 1134 (3) of the Civil Code of the French (CCF); § 242 of the Bürgerliches Gesetzbuch (BGB); Article 288 of the Civil Code of Greece; Article 762 (2) of the Portuguese Civil Code; Articles 6:2 and 6:248 of the Civil Code of the Netherlands; Article 2 of the Swiss Civil Code; Articles 1175 and 1375 of the Italian Civil Code), being a detailed object of study in world civil literature. In procedural codes and special judicial laws, good faith, which is a principle of justice, is seldom found. For example, the Federal Rules of Civil Procedure in the US district courts, mention "good faith" only in the context of certain characteristics of the behavior of parties involved in a case (for example, in the context of testimony, interacting with the

other party, disclosing evidence), without giving this category the status of a "principle". The same can be said of the procedural law of Great Britain, where the category of "good faith" is encountered rather as a general or at least a private law principle used by law-enforcers when resolving specific cases. The principle of good faith is not fully understood in the People's Republic of China. It is just beginning to form within the context of a general rule that prohibits actions that violate public order. Russian civil procedural codes also mention in a rather laconic manner such evaluative categories as "good faith," "bad faith," and "abusive act", without disclosing their specific content or significant criteria that allow the application of the relevant categories to a particular behavior or individual actions of participants in the process.

The requirement of good faith in Russia is mentioned, for the most part, in the context of an appeal to persons participating in the case, as well as to a specialist when consultation, to a mediator, as well as to a person who is entrusted with conducting a case in the interests of a group of persons.

In the states mentioned above, procedural good faith is not a principle of justice *de jure*, leading to the absence of good faith in scientific literature on civil procedure. The requirement for respect for the law and the court in France has been upgraded to a procedural principle (Article 24 of the French Code of Civil Procedure), which may indicate that the principle of procedural good faith in France is normatively established and legalized.

This corresponds to the general

evolution of the system of principles of civil procedure (Corblin, 1954), during which old principles that have lost their relevance disappear or their significance decreases, and those principles of justice that better correspond to modern conditions, including the digital transformation of civil proceedings, come to the fore. The latter of these principles of justice, in our opinion, include the requirement of procedural good faith and the prohibition against abuse of procedural rights.

In the explanations of the Supreme Court of the Russian Federation, good faith has been explicitly stated as a principle of justice. The principle of procedural good faith is frequently referenced by law enforcement officials throughout the Russian Federation when resolving civil cases. It appears that the intensity of the development of the practice of applying good faith and related doctrines both in Russia and in other countries is only increasing.

This provides grounds for discussions both regarding the content of procedural good faith and its relationship with other principles of justice, such as the disposition principle and adversarial principle. In this regard, it does not seem appropriate to deny the obvious need (and particular relevance) for a proper study of this principle, with its inherent content, highlighting its main features and properties, as well as the impact of the process of digitalization of justice on it.

There are two large blocks of scientific works that form the theoretical basis for this study. The primary focus of these scientific works of civilists is on

issues of good faith, which is a general legal principle that is mainly reflected in substantive law. Secondly, these scientific studies are focused on improving the requirement of good faith, particularly in the procedural plane.

The first block of works is represented by the following authors: H.P. Haferkamp (2018), J.W. Hedemann (1993), Krühöffer (1909), R. Zimmermann and S. Whittaker (2000), Y. Picod (1998), A. M. Musy (2001), R. Brownsword (1994). Among Russian scientists, the following researchers can also be added to them: M. M. Agarkov (1946), V. P. Griбанov (2001), K. I. Sklovskiy (2018), K. V. Nam (2023). The first block of works is focused on the study of the category of 'good conscience' in the context of substantive liability law. Although the subject of the research of these scientific works is not the legal trial, in our opinion, the results of the research on good faith in the material plane are of no less important value, since they are the foundation and starting point for their adaptation in the procedural sphere.

The second scientific research block is not as comprehensive as the first, as procedural good faith (as opposed to substantive) has been less researched in the literature. However, the detailed elaboration of issues related to procedural good faith makes it more valuable to us.

General issues of procedural good faith are covered in scientific works edited by M. Taruffo (1999), C. Wells (2023), a joint study by C. Gibson, P. Skinner and R. Tandy (2023), and a monograph by J. van de Velden. (2017).

In the scientific articles edited by

M. Taruffo (1999), eighteen scientists examine global law enforcement practice and conclude that procedural standards have significantly declined in the United States, a number of European countries, Australia, Japan, and Latin America, which also provides conception of the theoretical and moral consequences of procedural abuses. Of great value is also the monograph by J. van de Velden. (2017), devoted to individual aspects of procedural bad faith in Dutch law.

Scientific research in Russia initially included only sporadic references to typical abuse cases, mostly in separate paragraphs or sections of dissertations, such as in the work of O. V. Aksenova "Subjective civil rights and their implementation in civil proceedings" (2004). Then came the publication of fundamental works by other researchers, most of which were published before procedural good faith was actively used in law enforcement, before the large-scale judicial reform of 2019-2020, the introduction of digital technologies in the legal trial and the development of the concept of professionalizing civil proceedings.

Thus, at present, modern monographic and at the same time interdisciplinary studies devoted to the principle of good faith in civil proceedings are clearly needed due to the lack of specialized works and insufficient study of this topic.

1 MATERIALS AND METHODS

The aim of this article is to undertake a comprehensive study of procedural good faith and explore the

potential for its normative consolidation as a distinct principle of justice.

The objectives of the study are as follows:

1. To identify the essence of the principle of procedural good faith and its significance in the system of principles of civil procedure;
2. To identify the features of the legal nature of procedural good faith in comparison with the requirement of good faith in substantive law;
3. To determine the relationship between procedural good faith and the tendency of professionalizing civil proceedings.

This study used an explanatory sequential approach based on the mixed methods paradigm. The work involved the use of different research methods: the basic dialectical method, classical scientific approaches (including analysis, synthesis, deduction, induction, comparative method and abstraction), historical principle, as well as specialized legal methods. The dialectical method serves as a foundational method, allowing us to consider the principle of procedural good faith in connection with other legal phenomena and the dynamics of its evolution.

Using a legalistic approach, the article intentionally abstracts the material and socio-class aspects of the legal system. The structural features of the law, which include logical and linguistic characteristics, are the main focus when studying the principle of good faith. In this regard, special complex legal and technical means were used, allowing the use of methods from various non-legal sciences in the study,

particularly psychology and economic analysis.

The author utilized the axiological method created by G. Radbruch to examine the value content of the principle of procedural good faith and its importance in guaranteeing a fair trial. A separate role in the study was given to the systemic legal and comparative legal methods, which allowed for a qualitative comparison of the current legal regulation of good faith in global legal orders, to determine the place of the prohibition on abuse of law in the civil process of various legal orders.

The author used the achievements and methods of such sciences as civil law and civil procedure, general theory of law and state.

According to the study's hypothesis, procedural good faith is already present in the civil process of many states, which does not prevent its legal acceptance, including in the Russian Federation.

2 RESULTS AND DISCUSSION

2.1. THE CONCEPT AND MEANING OF THE PRINCIPLES OF LEGAL PROCEEDINGS. THE MEANING OF THE PRINCIPLE OF PROCEDURAL GOOD FAITH

Fundamental legal ideas that are highly generalized and abstract are known as general principles of law and are commonly expressed in the form of basic legal principles or conceptual provisions. Their key difference from other legal norms (legislative acts or contracts) is that they were not formed through traditional formal sources of

law. The system of norms of civil and arbitration procedural law is based on the principles of legal proceedings, making them the central concepts of the entire system of procedural laws.

One of the most correct definitions of the principles of administration of justice, in our opinion, was proposed by S. A. Vinogradova (2017), according to whom the principles of legal proceedings are "standards that determine the activities of the court (both the court organization and judicial procedure) and determine the direction of justice development". It seems that a legal principle is not always formally defined in the legal language, its essence and individual provisions can "permeate" the text of the normative act in individual norms, the interpretation of which allows us to testify to the presence of this principle in a specific branch (branches) of law.

Based on the above, the legal principles of legal proceedings (justice) are the ones that determine the meaning and content of procedural rules, and they play a crucial role in the event of collisions or gaps in procedural legislation. At the same time, according to K. Larenz (2013), the principles are not predetermined rules of conduct, but instead establish the initial basis for legal regulation, which is later defined in relation to a particular case. In addition, the principles of law "are designed to ensure an understanding of the legality of behavior among the subjects of law themselves" (Barmina, 2014).

The following can be distinguished among the main classical principles of civil procedure: the principle of legality; the principle of

administration of justice only by the court; the principle of judicial independence; equality before the law and the court; procedural equality of the parties; the principle of the state language; publicity of judicial examination; adversarial principle; principle of party disposition.

From our perspective, three trends can be observed in the transformation of the aforementioned principles currently: firstly, "legislative expansion of the scope of application of the principles" (for example, modification of the principle of publicity with the introduction of the possibility of participating in court hearings via web conferences); secondly, leveling of procedural principles that do not correspond to modern requirements of justice (for example, departure from the principle of continuity of the judicial process); thirdly, the emergence of new procedural principles developing against the background of the evolution of civil procedural relations.

Modern researchers include the principle of legal certainty, the principle of procedural economy, the principle of cooperation and, finally, the principle of procedural good faith in such "newest" principles of legal proceedings that are being developed at the present stage. The use of "newest" in quotation marks in the previous sentence is not coincidental, as we believe that these principles had been used in civil proceedings before but were not legally established. These principles are more commonly referred to as 'phenomena' in procedural law, as they are not identified by the legislator as principles, goals, or objectives of civil proceedings. However,

they are frequently employed by scientists (Zavadilova, 2016) and, moreover, even by executors of law.

The English Court of Chancery established a precedent in 1843 that forbids a party to a civil case from making any claims in a subsequent trial that they should have made in a previous dispute (*Henderson v Henderson*), thereby applying the principle of procedural estoppel and emphasizing the importance of procedural good faith as an element on which a judicial decision can be built. In 2016, the civil chamber of the Court of Cassation (France) issued a decision in case No. 15-25.651, according to which “the introduction of intentionally false evidence is a violation of the principle of procedural good faith and may lead to appropriate sanctions”.

The volume and tools used by unconscientious individuals have expanded the scope of procedural abuse in the modern world to a whole new level. Thus, the use of fabricated electronic evidence, as well as the involvement of perjured witnesses in an online hearing in order to mislead the court, was actively demonstrated by one of the parties in the case of *Lenihan v. Shankar* (2021), a custody trial heard in the United States of America. The children's mother falsified a multitude of digital sources, including email and SMS messages, social networks, and video calls, which even her legal representatives were unaware of. In judgment on the merits against the children's mother, the judge indicated in the judicial act “as our court moves to a completely digital platform, this trial has become a vivid reminder of the

possibility of manipulation and misuse of evidence.” If not through the principle of procedural good faith, how can abusive actions be countered?

Back in 2017, in paragraph 2 of point 25 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 18.04.2017 No. 10 “On Certain Issues of Court Application of Provisions of the Civil Procedure Code of the Russian Federation and of the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation regarding Simplified Proceedings”, the requirement of good faith of the parties was mentioned as one of the principles of legal proceedings. This trend was confirmed in paragraph 2 of clause 2 of the Resolution of the Supreme Court of the Russian Federation of 23.12.2021 No. 46 “On the Application of the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation in Considering Cases in the Court of First Instance”, in which procedural economy was added to the principle of procedural good faith as a principle of administration of justice, which had been mentioned as a principle of justice in certain resolutions of the Supreme Court of the Russian Federation since 2012.

The emergence of the principle of procedural good faith is a clear manifestation of the process of “diffusion of civilistic principles into procedural law” (Lebedev, 2020). In our opinion, this process is a logical outcome, given the broad discretion in the execution of procedural subjective rights guaranteed to persons participating in the case through the disposition principle and adversarial principle. The principle of procedural

good faith, without conflicting with the disposition principle and adversarial principle, gives the law enforcement discretion in cases of obvious abuses by participants in the civil process that are not regulated by procedural law. In addition, the requirement of procedural good faith is fully consistent with the principles of natural equity and procedural equality. For example, all arguments that abuse of rights may serve as a denial of protection of the rights of the claimant, but not the defendant, were rightly rejected by Russian courts, based on the inadmissibility of abuse of rights regardless of the procedural status of the parties (Resolution of the FAS Moscow District dated 29.04.2004 No. KG-A40/2885-04).

Following the principle of procedural good faith, a number of scholars have taken it a step further by introducing the principle of cooperation between the parties and the court in civil proceedings (Waxse, 2012). The purpose of this principle is to create conditions for interaction between the court and the parties involved in a case to guarantee the most expeditious and accurate resolution of a civil dispute.

It should be noted that this idea is not solely theoretical; it can be found in developed legal systems throughout the world. In France, there are two additional duties that stem from the obligation to act in good faith: the duty of loyalty (obligation de loyauté) and the obligation to cooperate with the other party (obligation de coopération) (Starck, Roland & Boyer, 1989). If we look at the text of the current French Civil Procedure Code, we will find provisions in its first

ten articles that disclose individual obligations of the parties to provide mutual assistance in legal proceedings.

As for the Russian Federation, the regulatory provisions that indicate the existence of the cooperation principle (at least in arbitration proceedings) include Part 1 of Article 57 of the Civil Procedure Code of the Russian Federation ("Introduction and Disclosure of Evidence"), as well as Part 3 of Article 9 of the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation (in the context of the assistance by the arbitration court to persons participating in the case). In addition, this also includes the requirement for the early disclosure of evidence in arbitration proceedings (Part 3 of Article 65 of the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation), the submission of a statement of defence or gravamen (Articles 131, 262, 279 of the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation), and so on.

Thus, the principle of good faith may refer to the obligation to assist the other party, or it may be considered a closely related principle of justice. The principle of cooperation among parties can be found not only in scientific theory, but also in law enforcement practice.

For example, the Federal Court's of Australia Notice to Practitioners and Litigants concerning Case Management and the Individual Docket System, published on 5 May 2008 by Chief Justice Black, states that "the parties and their representatives have an obligation to cooperate with, and assist, the Court in fulfilling the overarching purposes and, in particular, in identifying the real issues in dispute as early as possible and

dealing with those issues in the most efficient way possible".

The existence of the principle of cooperation in Russia is expressly stated in the Ruling of the Constitutional Court of the Russian Federation of 28.12.2022 in case No. 59-П/2022.

In conclusion of this paragraph, it is necessary to note that the principles of administration of justice, understood as the main, guiding principles in law, form the moral and organizational basis for the delivering justice, embodying, at the same time, the subjective perception of the civil process by individual participants in the process and outside observers. Legislators are guided by the principles of justice by setting certain limits on the content of the legal norms they adopt, and also these principles act as a source of legal regulation (analogy of law) in cases of a legal gap with the simultaneous absence of a procedural law norm regulating similar relations.

It appears that the requirement for the fair execution of procedural rights, especially, possesses most of the characteristics inherent in legal principles and principles of legal proceedings, which allows us to fully examine it within the framework of this work precisely as a principle, and not as an ordinary phenomenon.

Moreover, the principle of good faith is responsible for ensuring the accuracy of the law by modifying the legal language to reflect the fairness of the law. It is in this aspect, according to K. V. Nam, that "the difference between the principle of good faith and other legal principles and its special role in the entire legal system" lies (Nam, 2023).

2.2. DEFINITION AND LEGAL NATURE OF GOOD FAITH: SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL ASPECTS

The concept of 'good morals', which has been known since Ancient Rome and applies to both law and religion, is the origin of the category of 'good faith' (*bona fides*). Subsequently, the category of 'good morals' began to be opposed to the law, when the application of strict norms of the law seemed clearly unfair to lawyers and judges (Sklovskiy, 2018).

Currently, the requirement of good faith has gained the most widespread application in the private (mainly civil) law of most countries. Rather than opposing legal regulations, it now complements them in cases where abuse of the law is obvious. The European civil law (unlike general law) recognizes the category of good faith even as one of the basic principles of law. Since March 1, 2013, the requirement of good faith has been enshrined in Article 1 of the Civil Code of the Russian Federation as one of the basic principles of civil legislation.

According to civil lawyers, it is necessary to differentiate between good faith in the objective and subjective senses. The first case involves assessing a person's behavior from the perspective of principles of justice, fair dealing, and ethical standards. In the second case, good faith is manifested as a justified essential ignorance ("did not know and should not have known"). When discussing good faith, which is a fundamental legal principle in most countries' civil law, it is important to have an objective understanding.

Why is it necessary to evaluate the actions of legal entities in terms of ethical norms and standards? It seems that such a need arises in a situation of forced judicial activism and lawmaking, when the court, assessing the lawful, but malicious behavior of a party, needs to depart from formal rules in order to delicate legal adjustment (deformalization in the name of justice).

On the one hand, the principle of good faith ensures the law's mobility and dynamism, which allows for the elimination of injustice in a specific case. On the other hand, the absence of clear boundaries and generalizations makes this principle a signal for law enforcement officers to depart from the statutory rules, acting as a catalyst for judicial arbitrariness and undermining the principle of legal certainty.

In most legal systems, standards of good faith are established by the court "case by case", and retrospectively - in the format of ex-post control. For example, in Russia, when assessing the actions of the parties as good faith or bad faith, the courts, as a rule, follow the behavior expected from any participant in civil transactions, taking into account the rights and legitimate interests of the other party, assisting it, including in obtaining the necessary information.

For this reason, the main task of the law-enforcer and the legislator is to develop basic criteria for establishing the presence or absence of signs of bad faith in a particular action of the subject. K. I. Sklovskiy (2018) agrees with this, stating that "there is currently no other way to concretize the principle other than the accumulation of judicial practice".

Consequently, good faith in the general legal aspect is currently defined as an abstract model of behavior established by law-enforcers based on the socially expected behavior of the subject of legal relations in similar circumstances. That is, the main provisions of the principle of good faith are developed by law-enforcers in a negative way, since it is possible to better understand this doctrine by studying how it works in practice and what functions it actually performs.

As for the definition of the concept and legal nature of procedural good faith, in the current stage of world legal science, there are at least three approaches that have been developed to comprehend good faith in procedural law:

- 1) Good faith use of procedural rights as a direct obligation of persons participating in the case;
- 2) Good faith as a principle of civil law process;
- 3) Good faith procedural behavior as a legal presumption.

Is it worthwhile to transfer the interpretation of material good faith to the civil process or would this approach be simplified?

Despite the fact that the provisions of the general doctrine of the principle of good faith can also be applied in the procedural sphere, procedural good faith seems to have a few characteristics and properties that separate it from its substantive legal conscientiousness.

Firstly, this concerns the standards of good faith behavior. From our perspective, civil legal relationships that are defined by equality and broad

autonomy of the will (initially?) have a higher standard of cooperation, collaboration, and consistent legal conduct. In civil proceedings, the adversarial principle should be allowed to be applied based on the opposing interests of the participants in the trial, expressed in a certain "duel" between the claimant and the defendant. In this regard, it is impossible to disagree with the opinion of Russian scientists D. V. Kaysin and A. A. Komogorov (2021), according to which "the use of the standard of substantive good faith as a measure of the good faith of procedural actions contradicts the principle of adversarial proceedings".

Secondly, the classification of procedural behavior as abuse is only feasible in cases of obvious and manifest bad faith, as stated above (due to the specifics of the adversarial process), whereas bad faith in substantive legal relations has a lower standard of proof.

Thirdly, the purpose of procedural abuse is usually broader than the purpose of abuse of substantive law, since procedural abuse is expressed in the intention of a person to obtain not only substantive but also procedural advantages.

Fourthly, there is a similar difference in the consequences of unfair procedural behavior. In procedural law (unlike civil law), the violated right of another person will act as an optional consequence of bad faith, since the general consequence of abuse in the process is the undermining of judicial procedures, delay in the consideration of the case and (or) obstruction of justice.

Fifthly, there is a clear difference

in the adverse consequences used by the courts in the case of abuse of substantive and procedural rights, the establishment of their own autonomous system of procedural compulsion in the case of unfair procedural behavior.

The assessment of procedural behavior "must proceed from different approaches based on regularities both in the absence of disputes and when disputes occur" (Schwartz, 2016). Therefore, despite the coincidence of its name, the principle of good faith in procedural law will differ from the same principle in substantive law in its specific features and in the sphere of implementation, which once again confirms the inadmissibility of classification of procedural legal relations as unfair, based on the source of substantive law.

2.3. THE EMERGENCE AND DEVELOPMENT OF THE PRINCIPLE OF PROCEDURAL GOOD FAITH: THE RELATIONSHIP WITH THE PROFESSIONALIZING OF THE PROCESS

A. Doni (1999) correctly notes that the issue of unfair procedural behavior exists in all legal systems, but the approaches to resolving it differ. For example, the principle of good faith, which is typically found in European law, is not applied in English law. For a long time this was not required due to the existence of separate equity courts, but now the necessary flexibility of law is ensured in England by other institutions of legalized judicial legislation. This may be due, in our opinion, to a certain fear of arbitrary interference of the court in dispositive regulation (in particular, in

freedom of contract), as well as to a desperate fight for legal certainty of the parties (especially in the business sphere).

In European legal thought, good faith has been primarily regarded as a general legal principle since the 20th century, which establishes the conditions for its recognition as a principle of justice. In our opinion, this is explained by the impossibility of detailed legislative regulation of all possible manifestations of bad faith behavior, therefore the function of implementing such "delicate adjustment" of the law was given to law enforcement agencies. At the same time, "good faith" in this case can be revealed through other, related categories, such as: reasonableness and fairness (Netherlands), honesty (Italy), and so on. The normative consolidation of the principle of procedural good faith has already been carried out in the People's Republic of China (hereinafter - PRC). Since 2013, good faith has been included in the Civil Procedure Code of the PRC as one of the principles of civil proceedings (Article 13 of the Civil Procedure Code of the PRC), for the violation of which such types of sanctions as a judicial penalty and even arrest are established.

The experience of the Republic of Kazakhstan is a valuable resource when discussing the advisability of normative consolidation of the principle of procedural good faith in other legal systems. In 2021, there were widespread discussions in Kazakhstan's legal community about the need to establish procedural good faith and the justification for prohibiting procedural

rights abuse.

The main controversy arose between the authors of the "Draft Amendments to the Laws of the Republic of Kazakhstan on the Status and Activities of Representatives in Court" and their opponents A. Shaikenov and V. Shaikenov. In our opinion, the arguments of both sides can be used in analyzing the advisability of the consistent development of the idea of procedural good faith in other legal systems, especially in the context of the emerging global trend towards professionalizing of the civil process.

Summarizing all the arguments presented by opponents of the introduction of procedural good faith allows us to identify the general argument that it is impossible to adapt good faith as a category of procedural (and not substantive) law, which is manifested in the following:

1) The impossibility of integrating the deformed principle of procedural good faith into the civil process, which must remain absolutely formal;

2) The principle of procedural integrity will create conditions for judges to abuse their authority, leading to arbitrary judicial discretion and lawlessness;

3) Inapplicability of the principles of private law to public-law procedural relations, since in the context of the process of administration of justice the parties must be relieved from the obligation of "social altruism" (Schwartz, 1998).

In our opinion, these arguments certainly deserve attention, but they are not "blocking", since any legal principle is inherently deformed. Free judicial

discretion as a phenomenon exists even without the principle of procedural good faith, the expansion of judicial lawmaking is an objectively determined process. Moreover, the absence of a normative consolidation of this principle entails even greater lawlessness and arbitrariness, expressed in the application of individual provisions of the sources of substantive law to procedural legal relations. As for the proposal to release the parties from any moral requirements (Hess, 1999), it seems that the penetration of ethics into legal matter is already an irreversible process, at this stage it is necessary to “lead this chaos” and outline the boundaries of its application in relation to specific situations. In scientific literature, the category of good faith is often considered as a “door” through which ethical norms penetrate into the law (Terre, Simler & Lequette, 1996).

We should move on to the arguments that support establishing good faith as an independent principle in the administration of justice:

1) In fact, this principle has already been established in most states' civil procedures, as a requirement for conscientious use of procedural rights. The development of uniform standards for its application is necessary due to the exponential increase in law enforcement practice with references to procedural good faith.

2) The normative consolidation of the principle will help harmonize the civil process and outline the scope of judicial discretion in this area.

3) The introduction of the principle of procedural good faith is consistent with the objectives of legal

proceedings to strengthen the rule of law and order, prevent offenses, and develop a respectful attitude towards the court.

4) The impossibility of legislative regulation of all manifestations of procedural bad faith, especially given the emergence of new procedural abuses in the digital environment, forces the legislator to delegate the function of identifying bad faith behavior to the courts.

5) The principle of procedural good faith is one of the manifestations of the professionalizing of the civil process.

The last argument deserves special attention. It appears that there should be a difference between the good faith standard for ordinary citizens and legal professionals. Moreover, professional participants in the process can act as a kind of “assistants of justice” (Suleimenov, 2022), thanks to which it is possible to achieve more efficient and speedy consideration of cases. Thus, a professional representative has responsibilities not only to the client, but also to the court.

The requirements for litigators at the international level are being raised. According to the “Basic Principles on the Role of Lawyers”, representatives of the legal profession are called “responsible officials in the administration of justice”, dealing with “upholding the interests of justice”.

Requirements for lawyers are also set out in the “International Principles on Conduct for the Legal Profession” approved by the International Bar Association (IBA). According to these Principles, lawyers must protect the interests of their clients as a priority, but at the same time always

comply with their obligations to the court, respect the interests of justice, follow the law and adhere to ethical standards.

Similar provisions were also enshrined in the Code of Conduct for Lawyers in the European Union, a separate paragraph of which is devoted to the issue of good faith in the conduct of proceedings. This document states that a lawyer is prohibited from contacting a judge without prior notice to the other party or providing evidence without disclosing it.

In addition to the sources listed above, there are other acts that regulate the ethical aspects of the behavior of judicial representatives, including the requirement of good faith conduct during the process, but at the level of individual states:

- 1) Federal Regulations of the Advocate Profession (Germany);
- 2) Code of Conduct for Norwegian Lawyers (Norway);
- 3) Charter of the Swedish Bar Association (Sweden);
- 4) Code of Advocate's Ethics (Armenia);
- 5) Code of Conduct for Italian Lawyers (Italy);
- 6) Code of Ethics of Advocates (Republic of Moldova);
- 7) Code of Professional Ethics of Lawyers (Russian Federation).

It should be noted that these documents typically only pertain to lawyers who represent the legal community, not everyone with higher legal education. Therefore, these latter ones do not fall within their scope of application. This gap could be compensated for by introducing a

general industry principle of good faith in civil proceedings.

CONCLUSION

The research conducted shows that the reasons for introducing provisions in good faith in the civil process of most states are quite objective. At the same time, the development of law enforcement practice in applying procedural good faith is becoming more intense every year.

The need to improve the efficiency of the civil process has led to a transformation of the fundamental principles of justice, in which non-classical principles such as the principle of procedural economy, the principle of cooperation and the principle of good faith have come to the fore. In many ways, these principles are a manifestation of the emerging process of professionalizing the civil process.

The civil law process in both developing and developed countries already adheres to the principle of procedural good faith, as confirmed by the study. In these countries, it does not pose a threat to other classical principles of justice administration. On the contrary, it is in a systemic relationship and serves to implement other principles (adversarial principle, principle of equality...). Thus, the study once again demonstrated and repeatedly confirmed the regularity of the introduction of the principle of procedural good faith at the regulatory level.

The civil process could be supplemented by the introduction of a

general principle of good faith that fills the gap caused by the absence of ethical standards of conduct aimed at regulating the activities of representatives of the legal profession who are not members of the advocacy community, but actively represent the interests of their clients in courts of various instances.

This article defines 'good faith' as an abstract model of behavior that executors of law establish based on the socially expected behavior of the subject of legal relations in similar circumstances. That is, the main provisions of the principle of good faith are derived by executors of law in a negative way. However, despite the fact that the category of 'procedural good faith' acts as an instrument for legitimizing judicial activism and lawmaking, creating conditions for adjusting the results of formal law enforcement, the author came to the conclusion that the expansion of judicial lawmaking is currently an objectively determined process.

In general, the normative regulation of the principle of procedural good faith will not only set the main vectors of behavior of participants in procedural legal relations, but also serve as a foundation for regulating individual measures of procedural liability in cases of bad faith behavior of persons participating in the case.

It is clear that the normative consolidation of procedural good faith cannot immediately eliminate all problems and difficulties associated with abuse. In order for this principle to work effectively, for the benefit of justice, countries must simultaneously and

consistently:

1) improve the quality of the judiciary, foster the rule on the extraordinary nature of the principle of good faith (application in cases of obvious unfair procedural behavior that undermines the process of correct and speedy trial);

2) work on the legal awareness of the court and persons participating in the case in order to minimize inconsistent and unmotivated references to bad faith in any unclear case;

3) realize their role in the process of developing the principle of procedural good faith for the purpose of its proper legal regulation, and also initiate the development of clarifications by leading courts on the issue of abuse of procedural rights;

4) work towards identifying and systematizing the doctrines derived by the courts from the provisions of good faith into independent legal norms (for example, establish a legislative ban on pleading the expiry of the period of limitation in the courts of appeal and subsequent instances).

REFERENCES

- AGARKOV, M. M. (1946). The Problem of Abuse of Rights in Soviet Civil Law. *Izvestiya of the USSR Academy of Sciences. Department of Economics and Law*, 6, 423-436.
- AKSENOVA, O. V. (2004). *Subjective civil rights and their implementation in civil proceedings: thesis*. Moscow.
- All-Russian Congress of Lawyers I (2003). *Code of Professional Ethics for Advocates* (April 15, 2021).

- Russia.
- BARMINA, O. N. (2014). *Abuse of the right as a general legal category: theoretical and legal analysis: thesis*. Kirov.
- BROWNSWORD, R. (1994). Two Concepts of Good Faith. *Journal of Contract Law*, 7 197ff, pp. 47-48.
- CORBLIN, A. L. (1954). Principles of Law and Their Evolution. *The Yale Law Journal*, 64(2), 161-163.
- Corps législatif (1804). *The Civil Code of the French* (2017). France.
- Corps législatif (1806). *The Civil Procedure Code of the French* (2007). France.
- Council of the Swedish Bar Association (1984). *Lawyer's Code of Conduct* (1984). Switzerland.
- DONI, A. (1999). *Abuse of procedural rights: regional report for Italy and France*. International colloquium. Kluwer Law International, pp. 109–124.
- Federal Assembly of the Russian Federation (2002a). *Arbitrazh Procedure Code of the Russian Federation* (August 8, 2024). Russia.
- Federal Assembly of the Russian Federation (2002b). *Code of Civil Procedure of the Russian Federation* (October 26, 2024). Russia.
- GIBSON, C., Skinner, P. & Tandy, R. (2023). *Abuse of Process in the Civil Courts*. Oxford University Press.
- Greek Parliament (1941). *Greek civil code* (1982). Greece.
- GRIBANOV, V.P. (2001). *The limits of the exercise and protection of civil rights. Implementation and protection of civil rights*. 2nd ed., stereotype. Moscow: Statut, pp. 19 - 212.
- GRUNEWALD, B. (2009) *Bürgerliches Recht; Ein systematisches Repertorium*. 8th ed. Munchen, P. 126 (grundlegendes rechtsethisches Prinzip).
- HAFERKAMP, H. P. (2018). 'Byzantium!' – *Bona fides between Rome and Twentieth-Century Germany*. Kaius Tuori and Heta Björklund (Hgg.), Roman Law and the Idea of Europa, London, pp. 145–157.
- HEDEMANN, J.W. (1933). *Die Flucht In Die Generalklauseln*, Verlas Vob J.C.D.Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.
- International Bar Association (2011). *International Principles on Conduct for the Legal Profession* (May 28, 2011).
- KAYSIN, D.V. & Komogorov, A.A. (2021). Problems of Applying the Civil Law Standard of Abuse of Rights to Arbitrazh (Commercial) Procedural Relations. *Law*, 11, 78 - 86.
- KRÜHÖFFER. (1909) *Die exceptio doli generalis im Recht der Schuldverhältnisse*.
- LARENZ, K. (2013). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft.*: Springer-Verlag.
- LEBEDEV, M. Iu. (2020). The Diffusion of the Civil Law Principles in Civil Procedure Law (by the Example of the Principle of Good Faith). *Civil Procedure Bulletin*, 3, 244-260. DOI: 10.24031/2226-0781-2020-10-3-244-260
- MUSY, A. M. (2001). The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose:

- Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures. *Global Jurist Advances*, 1(1). DOI: 10.2202/1535-1661.1007
- NAM, K. V. (2023). *The principle of good faith: development, system, problems of theory and practice*. 2nd ed., revised and enlarged. Moscow: M-Logos.
- Parliament of the Netherlands (2011). *Dutch Civil Code* (2011). Netherlands.
- PICOD, Y. (1998). *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP.
- Portuguese Parliament (1966). *Portuguese civil code* (1966). Portugal.
- REICHSTAG (1900). *German Civil Code* (1900). Germany.
- Royal Decree (1942). *Civil Code of Italy* (December 7, 2016). Italy
- SCHWARTZ, D. (1998). The Use of the Principle of Good Faith in Civil Procedure. *Tel Aviv University Law Review*, 21(2), 305-309.
- SCHWARTZ, M. Z. (2016). Some reflections on the institution of estoppel. *Information and analytical journal "Arbitration Disputes"*, 1, 95-99.
- SHAIKENOV, A. & SHAIKENOV V. (2021). Good faith and adversarial nature in civil proceedings (review of theses by lawyers of Dentons and professor M.K. Suleimanov, IS Paragraph "Yurist". Retrieved from: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34224193 (accessed: 07.07.2024).
- SKLOVSKIY, K. (2018). Application of Law and Good Faith Principle. *Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation*, 2, 94-118.
- Standing Committee of the National People's Congress of the People's Republic of China IPs (1991). *Civil Procedure Code of the People's Republic of China* (2017). PRC
- STARCK B., Roland, H. & BOYER L (1989). *Droit civil, Les obligations*, 2. Le Contrat. 3rd ed. Paris, pp. 1140-1146.
- SULEIMENOV, M.K. (2022). *Good faith in civil proceedings*. IS Paragraph "Yurist". Retrieved from: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35533636 (accessed: 07.07.2024).
- TARUFFO, M. (1999). *General reports. Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*. Kluwer Law International
- TERRE, F., Simler, P. & Lequette, Y. (1996). *Droit civil. Les obligations*. 6th ed. Paris, No. 414; 1.106 PECL. Comment. A.
- The Federal Assembly of the Swiss Confederation (1907). *Swiss Civil Code* (July 1, 2020). Switzerland.
- VAN DE VELDEN, J.B. (2017). *Finality in Litigation: The Law and Practice of Preclusion: Res Judicata (Merger and Estoppel), Abuse of Process and Recognition of Foreign Judgments*. Kluwer Law International.
- VINOGRADOVA, S. A. (2017). *Principles of justice as the basis of judicial activity: thesis*. Moscow.
- WAXSE, D. J. (2012). Cooperation-What Is It and Why Do It? *Richmod Journal of Law and Technology*, 18(3).
- WELLS, C. (2023). *Abuse of Process: A*

- Practical Approach 4th ed.* Oxford University Press.
- ZAVADILOVA, L. (2016). *The Principle of Procedural Economy in the Context of the Taking of Evidence in the European Area of Justice*. In Eva Kovářová, Lukáš Melecký, Michaela Staníčková. Proceedings of the 3rd International Conference on European Integration 2016. 1st ed. Ostrava: p. 1103-1110.
- ZIMMERMANN, R. & Whittaker, S. (2000). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge University Press, Cambridge, pp. 720.

FALSAS VERDADES. O IMPACTO DAS ALUCINAÇÕES DE IA NOS PROCESSOS JUDICIAIS ADMINISTRATIVOS.⁵²

FALSE TRUTHS: THE IMPACT OF AI HALLUCINATIONS ON ADMINISTRATIVE JUDICIAL PROCESSES.

Bárbara Magalhães

Licenciada em Direito, Mestre em Direito Penal e Doutora em Direito Público, Professora Associada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique e Professora Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho, Investigadora integrada do Instituto Jurídico Portucalense. E-mail: barbaram@upt.pt; barbaram@direito.uminho.pt. <https://orcid.org/0000-0003-4364-2815>.

Fátima Matos

Licenciada em Direito pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Mestranda em Direito- Especialização em Ciências Jurídico Administrativas e Tributárias. E-mail: fatimafmatos26@icloud.com. R. Dr. António Bernardino de Almeida 541, 4200-072 Porto. <https://orcid.org/0009-0000-0420-5597>.

RESUMO: A crescente integração da Inteligência Artificial (IA) no sistema jurídico português apresenta desafios significativos, sendo um dos mais preocupantes o fenómeno das "alucinações" de IA. Este problema ocorre quando os sistemas de IA geram informações aparentemente plausíveis, mas factualmente incorretas, podendo comprometer a segurança jurídica e a fiabilidade das decisões judiciais.

A utilização destas ferramentas nos tribunais administrativos, levanta questões complexas quanto à sua credibilidade, ética e regulamentação, exigindo uma análise aprofundada dos seus impactos na justiça administrativa. Com o presente estudo, pretendemos analisar as implicações das alucinações de IA, no âmbito do direito processual

administrativo, apresentando casos concretos em que a confiança excessiva nas ferramentas automatizadas culminou em erros graves. A crescente dependência da IA para a análise e interpretação de documentos jurídicos, para a redação de peças processuais e para a prolação das decisões demonstra a necessidade urgente de estabelecer normas rigorosas que garantam a verificação e validação das informações geradas. Analisaremos também, a importância de definir um quadro regulatório adequado para mitigar os riscos associados à IA no sistema judicial. A clareza no papel dos juizes, advogados e demais operadores jurídicos na supervisão da tecnologia assume um papel fundamental, para evitar falhas no julgamento de

⁵² Artigo recebido em 24/03/2025 e aprovado em 04/04/2025.

processos. Torna-se essencial promover a literacia digital entre os profissionais do direito, permitindo-lhes avaliar criticamente os resultados gerados por sistemas de IA. Por fim, apresentam-se recomendações para um uso prudente e regulamentado da IA no ordenamento jurídico português. A implementação de diretrizes rigorosas pode contribuir para um equilíbrio entre inovação e segurança jurídica, garantindo que a adoção destas tecnologias respeite os princípios fundamentais da justiça e do devido processo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial, Alucinações, Juízes, Justiça, Tribunal.

ABSTRACT: The increasing integration of Artificial Intelligence (AI) into the Portuguese legal system presents significant challenges, one of the most concerning being the phenomenon of AI "hallucinations." This issue arises when AI systems generate seemingly plausible but factually incorrect information, potentially compromising legal security and the reliability of judicial decisions. The use of these tools in administrative courts raises complex questions regarding their reliability, ethics, and regulation, necessitating a thorough analysis of their impact on administrative procedural law. This article examines the implications of AI hallucinations in the context of administrative procedural law, presenting concrete cases where

excessive reliance on automated tools has led to severe errors. The growing dependence on AI for legal document analysis and interpretation, opinion drafting, and decision-making highlights the urgent need to establish strict standards to ensure the verification and validation of the information generated. Furthermore, the importance of defining an adequate regulatory framework to mitigate the risks associated with AI in the judicial system is analyzed. Clarity regarding the role of judges, lawyers, and other legal professionals in supervising technology plays a crucial role in preventing failures in legal proceedings. Promoting digital literacy among legal professionals is essential, enabling them to critically evaluate the outputs produced by AI systems. Finally, recommendations are provided for a prudent and regulated use of AI within the Portuguese legal system. The implementation of rigorous guidelines can contribute to a balance between technological innovation and legal security, ensuring that the adoption of these technologies respects the fundamental principles of justice and due process.

KEYWORDS: Artificial Intelligence, Hallucinations, Judges, Justice, Court.

INTRODUÇÃO

A crescente introdução da Inteligência Artificial (IA)⁵³ no Direito,

⁵³ OLIVEIRA, Arlindo. *Inteligência Artificial*. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019. p.7.

tem gerado debates sobre a respetiva sua viabilidade e limites.

No contexto dos Tribunais⁵⁴, a IA é frequentemente vista como uma solução para a celeridade processual e otimização de recursos⁵⁵.

No entanto, esta abordagem ignora riscos estruturais e epistemológicos significativos. Este estudo analisa criticamente a inadequação da IA nos Tribunais Administrativos, destacando os riscos inerentes à sua utilização⁵⁶, as possíveis consequências negativas para a justiça administrativa e, sobretudo para os direitos fundamentais dos cidadãos, propondo-se soluções para mitigar esses desafios.

1. CONCEITO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DOMÍNIO DA JUSTIÇA

A IA tem evoluído significativamente ao longo das últimas décadas, tornando-se uma tecnologia essencial nos diversos setores, incluindo no sistema jurídico.

No entanto, nem todas as formas de IA possuem a mesma complexidade, capacidade de aprendizagem ou autonomia na tomada de decisões.

Para compreender melhor os seus impactos no direito processual administrativo e nos tribunais administrativos, é fundamental distinguir entre os diferentes tipos de IA: IA fraca, IA forte, IA tradicional, IA moderna e IA generativa.

A IA fraca, também denominada de IA estreita⁵⁷, refere-se a sistemas projetados para executar tarefas específicas de forma autónoma, mas sem uma compreensão real do contexto em que operam. Estes sistemas utilizam algoritmos para analisar dados e gerar previsões ou recomendações, mas não possuem consciência, intenção ou raciocínio independente. No ramo jurídico, exemplos de IA fraca incluem ferramentas de pesquisa de

⁵⁴MARTINHO, Andreia. Digitalização, automação e inteligência artificial nos tribunais judiciais portugueses. *A Revista do Supremo Tribunal de Justiça*, n.º 3, jan.-jun., Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça, 2023, p. 167-168. Disponível em: <https://arevista.stj.pt/media/pages/edicoes/numero-3/4245a5680c-1721993418/a-revista-miolo-03.pdf>. Consultado em: 6 mar. 2025.

⁵⁵ COUTINHO, José de Abreu. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. Coordenação de Cordeiro, António Menezes. 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 73.

⁵⁶TRANCOSO, Isabel; MAMEDE, Nuno; MARTINS, Bruno; PINTO, H. Sofia; RIBEIRO, Ricardo. The impact of language technologies in the legal domain. In: ANTUNES, Henrique Sousa; FREITAS,

Pedro Miguel; OLIVEIRA, Arlindo L.; PEREIRA, Clara Martins; SEQUEIRA, Elsa Vaz de; XAVIER, Luís Barreto (Eds.). *Multidisciplinary perspectives on artificial intelligence and the law*. Cham: Springer, 2024. p. 25-46. ISBN 978-3-031-41263-9. DOI: 10.1007/978-3-031-41264-6_2. Manuscrito submetido em maio de 2022. Disponível

em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-031-41264-6_2. Acesso em: 22 mar. 2025.

⁵⁷ IBM. *O que é inteligência artificial?* Armonk, NY: IBM,]. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/topics/artificial-intelligence>. Acesso em: 02 mar. 2025.

jurisprudência⁵⁸, chatbots jurídicos⁵⁹. Apesar de se revelarem extremamente úteis, estes sistemas não tomam decisões por conta própria nem compreendem os princípios do direito.

Por outro lado, a IA forte é um conceito teórico que descreve um sistema de inteligência artificial com capacidades cognitivas equivalentes às dos seres humanos, uma IA forte seria capaz de pensar, compreender, aprender e tomar decisões de forma autônoma, sem depender apenas de padrões pré-definidos.

Este tipo de IA representaria um avanço significativo na tecnologia, pois incluiria a capacidade de raciocínio abstrato, resolução de problemas complexos e até emoções. No entanto, a IA forte ainda não foi concretizada no domínio prático e subsiste enquanto realidade distante no desenvolvimento da inteligência artificial⁶⁰.

No contexto jurídico, a implementação de uma IA forte poderia revolucionar a justiça administrativa, mas também levantaria questões éticas e filosóficas sobre a autonomia das máquinas na tomada de decisões judiciais e o seu impacto na segurança jurídica.

Entre estas duas categorias, encontra-se a distinção entre IA tradicional e IA moderna. A IA tradicional, desenvolvida entre as décadas de 1950 e 1990, baseia-se em regras explícitas, lógica simbólica e sistemas baseados em conhecimento. Estes métodos permitiram a criação de programas que imitam processos de raciocínio humano, mas que funcionam apenas dentro de parâmetros fixos e não conseguem aprender ou adaptar-se a novas situações. No entanto, apresentam limitações, uma vez que exigem atualizações constantes e intervenção humana.

Com o avanço tecnológico, surgiu a IA moderna, que expande as capacidades da IA tradicional através do uso de aprendizagem automática machine learning⁶¹ e aprendizagem profunda “deep learning”⁶². Estes sistemas são capazes de analisar grandes volumes de dados e identificar padrões de forma autônoma, melhorando o seu desempenho ao longo do tempo.

A IA moderna tem sido aplicada na análise preditiva, detecção de fraudes e automação de processos jurídicos, permitindo uma maior eficiência na administração da justiça.

⁵⁸ IMPRENSA NACIONAL-CASA DA MOEDA. LIA – Assistente de pesquisa inteligente do Diário da República. Lisboa: Diário da República Eletrónico. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/lia/login>. Acesso em: 6 mar. 2025.

⁵⁹ A este propósito, Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM). Resolução Alternativa de Litígios com assistente virtual [em linha]. Lisboa: ANACOM, 28 abr. 2009. Disponível em: <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=926983>. Acesso em: 06 mar. 2025.

⁶⁰ INDUSTRIALL AI. História da Inteligência Artificial. Disponível em: <https://industrialai.blog/historia-inteligencia-artificial>. Acesso em: 01 mar. 2025.

⁶¹ MICROSOFT. Inteligência artificial (IA) vs. aprendizagem automática (ML). *Microsoft Azure*. Disponível em: <https://azure.microsoft.com>. Consultado em: 06.mar.2025.

⁶² IBM. O que é deep learning? *IBM*. Disponível em: <https://www.ibm.com>. Consultado em: 06. Mar.2025].

No entanto, a complexidade dos algoritmos utilizados torna a IA moderna menos transparente, levando ao problema das chamadas "caixas negras",⁶³ onde não se sabe exatamente como as decisões são tomadas. Este problema é particularmente preocupante no direito processual administrativo, onde a transparência e a fundamentação das decisões são princípios essenciais para se garantir a legalidade dos atos administrativos.

Um dos desenvolvimentos mais significativos da IA moderna é a IA generativa, que se destaca pela capacidade de criar conteúdos, como textos, imagens, vídeos e códigos de programação. Utilizando redes neurais avançadas, como redes adversárias generativas e modelos de linguagem baseados em transformadores (como o GPT-4), a IA generativa pode produzir documentos jurídicos, pareceres e até simulações de argumentação jurídica⁶⁴.

Enquanto a IA fraca e tradicional são amplamente utilizadas para otimizar tarefas administrativas e auxiliar profissionais do direito, a IA moderna e a IA generativa acarretam desafios acrescidos em termos de transparência,

veracidade da informação e responsabilidade jurídica. A IA forte, por sua vez, continua a ser um conceito teórico que, na eventualidade de se tornar realidade, poderá transformar radicalmente a forma como o direito é aplicado.

Consequentemente, esta tecnologia apresenta riscos significativos, como o fenômeno das alucinações da IA.

Sim porque a IA também tem alucinações! Tema este que a seguir passamos a analisar.

2. CONCEITO DE ALUCINAÇÕES DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

As alucinações⁶⁵ da IA, referem-se à geração de informações que, embora coerentes e plausíveis, são imprecisas ou completamente falsas⁶⁶, ou seja, são "verdades falsas".

Esse fenômeno ocorre porque os modelos de IA ⁶⁷ são treinados para prever a informação mais provável, com base em padrões estatísticos, sem verificar a veracidade dos dados apresentados. No Direito, esta

⁶³ ANTUNES, Henrique Sousa. *Direito e Inteligência Artificial*. Lisboa: UCP Editora, 2020.p.15.

⁶⁴ ALVES, Jones Figueiredo; PIMENTEL, Alexandre Freire. Breves notas sobre os preconceitos decisórios judiciais produzidos por redes neurais artificiais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. LXIII, n. 1 e 2, p. 555-577, out. 2022. Disponível em: <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2022/12/Jones-Figueirêdo-Alves-Alexandre-Freire-Pimentel.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2025.

⁶⁵ IBM. *What is a chatbot?*. [online]. Disponível em: <https://www.ibm.com>. Acesso em: 22.Dez. 2024.

⁶⁶ PEDRO, Ricardo. Do uso de IA generativa nos tribunais a uma justiça degenerativa: quando a tecnologia alucina (From the Use of Generative AI in Courts to Degenerative Justice: When Technology Hallucinates). [online]. 18 jul. 2024. p. 2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4904844>. Acesso em: 23Dez. 2024.

⁶⁷ IBM. *What is a chatbot?* [online]. Disponível em: <https://www.ibm.com>. Acesso em: 22.Dez. 2024

característica representa um problema sério, uma vez que os advogados ou juízes, podem inadvertidamente confiar em informações incorretas⁶⁸.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) destacou, no seu Livro Branco, que sistemas de IA, como o ChatGPT, produzem respostas de caráter probabilístico, podendo reproduzir preconceitos e gerar informações falsas⁶⁹.

A Microsoft⁷⁰, concentra-se, no desenvolvimento de ferramentas, para mitigar estes riscos⁷¹, mas os desafios persistem, especialmente em áreas críticas como o Direito.

2.1. ESTUDO DE CASO: AS ALUCINAÇÕES DA IA E A CREDIBILIDADE NOS PROCESSOS JUDICIAIS.

⁶⁸ PEDRO, Ricardo,. Do uso de IA generativa nos tribunais a uma justiça degenerativa: quando a tecnologia alucina (From the Use of Generative AI in Courts to Degenerative Justice: When Technology Hallucinates). [online]. 18 jul. 2024. p. 2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4904844>. Acesso em: 23Dez. 2024.

⁶⁹ CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Inteligência Artificial (IA): inquietações sociais, propostas éticas e orientações políticas*. Livro Branco. Lisboa, maio de 2024. p. 11. Disponível em: https://www.cneqv.pt/files/1715104301_c3ad59f003de091ee280b6c153182c6b_cneqv-livro-branco-ia-maio-2024.pdf. Acesso em: 26 Dez. 2024.

⁷⁰ MICROSOFT PORTUGAL NEWS CENTER. As alucinações da IA – e os grandes passos para as ultrapassar. [S.l.]: Microsoft, 26 jun. 2024. Disponível em: <https://news.microsoft.com/pt-pt/2024/06/26/as-alucinacoes-da-ia-e-os-grandes-passos-para-as-ultrapassar/>. Acesso em: 1 mar. 2025.

Vários são os países, em que os tribunais têm sido confrontados, com casos em que advogados ou partes envolvidas utilizam sistemas de IA⁷² para fundamentar as peças processuais, sem verificarem a autenticidade das referências jurídicas apresentadas. Estas “alucinações” comprometeram o normal andamento dos processos e, em algumas situações, conduziram à imposição de sanções disciplinares. Quatro casos recentes, ilustram as consequências dessa prática⁷³.

O estudo destes casos, permite compreender os riscos inerentes à utilização descontrolada da IA e reforça a necessidade de regulamentação e diligência na verificação de fontes jurídicas.

⁷¹ MICROSOFT PORTUGAL NEWS CENTER. As alucinações da IA – e os grandes passos para as ultrapassar. [S.l.]: Microsoft, 26 jun. 2024. Disponível em: <https://news.microsoft.com/pt-pt/2024/06/26/as-alucinacoes-da-ia-e-os-grandes-passos-para-as-ultrapassar/>. Acesso em: 1 mar. 2025.

⁷² PEDRO, Ricardo. Do uso de IA generativa nos tribunais a uma justiça degenerativa: quando a tecnologia alucina (From the Use of Generative AI in Courts to Degenerative Justice: When Technology Hallucinates). [online]. 18 jul. 2024. p. 2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4904844>. Consultada: 23Dez. 2024.

⁷³ DIAS, Cristiano. *AI Hallucinations nos Tribunais*. [online]. Almedina, 16 jul. 2024. Disponível em: https://observatorio.almedina.net/index.php/2024/07/16/ai-hallucinations-nos-tribunais/?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=5921-29072024. Consulta: 27.Dez. 2024

Primeiramente, nos Estados Unidos, o caso *Mata v. Avianca*⁷⁴, julgado no Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito Sul de Nova Iorque, tornou-se um exemplo paradigmático dos perigos da utilização de IA, sem validação no setor jurídico.

O processo envolveu uma ação de responsabilidade civil, interposta por Roberto Mata contra a companhia aérea Avianca.

Os advogados⁷⁵, do autor, contestaram a moção de rejeição apresentada pela defesa, e fundamentaram os seus argumentos em diversas decisões judiciais supostamente credíveis. No entanto, quando os advogados da Avianca tentaram verificar essas decisões nas bases de dados jurídicas aperceberam-se que não conseguiam encontrar a jurisprudência citadas. Suspeitando de um erro, enviaram uma carta⁷⁶ ao juiz P. Kevin Castel, a 26 de abril de 2023, alertando para a impossibilidade de localizar os casos mencionados, como

Varghese v. China Southern Airlines e *Miller v. United Airlines*.

Perante a gravidade da situação, o tribunal determinou que fosse realizada uma investigação sobre a autenticidade das decisões. Descobriu-se que os advogados haviam utilizado o ChatGPT para pesquisar jurisprudência sem validarem os respetivos resultados.

O fenómeno das alucinações da IA levou, neste caso, à submissão de jurisprudência inexistente, comprometendo a credibilidade dos advogados e do processo.

O juiz P. Kevin Castel considerou que essa conduta violava princípios fundamentais da advocacia. Os advogados foram sancionados disciplinarmente e obrigados a justificar a sua conduta perante o tribunal⁷⁷.

Este caso teve repercussão internacional e alertou para os riscos da dependência excessiva da IA na prática judiciária.

No Reino Unido, um caso semelhante ocorreu no First-Tier Tribunal Tax Chamber⁷⁸, onde a

⁷⁴ UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. *Mata v. Avianca, Inc.*, Civil Action No. 22-cv-1461 (PKC). Affidavit de Steven A. Schwartz, 5 maio 2023. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2022cv01461/575368/54/>. Acesso em: 02 mar. 2025.

⁷⁵ MELO, João Ozorio de. *Advogados dos EUA enfrentam sanções por citações inventadas pelo ChatGPT*. [online]. Consultor Jurídico, 30 maio 2023, 10h47. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Consulta: 19 fev. 2024.

⁷⁶ CONDON & FORSYTH LLP. Carta ao juiz P. Kevin Castel sobre o caso *Roberto Mata v. Avianca, Inc.* Destinatário: Honorable P. Kevin Castel. 26

abr. 2023. Disponível em: <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.575368/gov.uscourts.nysd.575368.30.0.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2025.

⁷⁷ UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. *Mata v. Avianca, Inc.*, Civil Action No. 22-cv-1461 (PKC). Affidavit de Steven A. Schwartz, 5 maio 2023. Disponível em: <https://cases.justia.com/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2022cv01461/575368/54/0.pdf?ts=1687525481>. Acesso em: 20 jan. 2025.

⁷⁸ UNITED KINGDOM. First-Tier Tribunal (Tax Chamber). *Harber v. Revenue and Customs Commissioners*, [2023] UKFTT 1007 (TC). Caso nº TC09010, apelação TC/2022/13979. Ouvido em 10 ago. e 23 nov. 2023. Julgamento em 4 dez.

contribuinte Felicity Harber apresentou um recurso contra uma penalização aplicada pela HM Revenue and Customs (HMRC) devido à falta de notificação da sua obrigação de pagar imposto sobre mais-valias. Para sustentar a sua defesa, Harber citou nove decisões judiciais que, alegadamente, demonstravam que possuía uma justificação razoável para não ter cumprido essa obrigação fiscal.

No entanto, quando a HMRC tentou verificar as referências, descobriu que nenhuma dessas decisões existia em bases de dados oficiais do Tribunal. A investigação revelou que as decisões citadas haviam sido geradas por um sistema de IA, possivelmente utilizado por alguém que a auxiliou na elaboração do recurso. Durante a audiência, Harber afirmou que não sabia que os casos eram fictícios, mas o tribunal rejeitou esse argumento, sublinhando que a responsabilidade pela verificação das fontes jurídicas cabia à parte que as apresenta.

O juiz reforçou que a apresentação de jurisprudência inexistente desperdiça tempo e recursos públicos e mina a confiança na justiça.

O recurso foi rejeitado e a penalização mantida, servindo esse caso como um alerta sobre a necessidade de verificar rigorosamente a jurisprudência antes da sua utilização em processos judiciais⁷⁹.

No Canadá, no caso *Zhang v. Chen*, julgado no Supreme Court of British Columbia⁸⁰, um litígio de direito de família também foi marcado pelo uso de jurisprudência inexistente gerados por IA. Wei Chen pretendia obter tempo de convívio parental com os filhos na China, enquanto a mãe das crianças, Nina Zhang, se opôs ao pedido. O tribunal acabou por indeferir o requerimento, determinando que o pai poderia visitar os filhos no Canadá ou nos Estados Unidos, mas não na China.

A controvérsia surgiu quando os advogados do requerente incluíram, na petição apresentada ao tribunal, duas decisões⁸¹ fictícias, que sustentavam a pretensão de Chen.

Tal como consta da sentença⁸², quando a parte contrária verificou as decisões, descobriu que não havia qualquer registo oficial dessas decisões.

Ao ser confrontada, a advogada responsável admitiu que havia recorrido ao ChatGPT para realizar a pesquisa

2023. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKFTT/TC/2023/TC09010.html>. Acesso em: 28 jan. 2025.

⁷⁹ REINO UNIDO. First-Tier Tribunal (Tax Chamber). *Felicity Harber v. HMRC*, [2023] UKFTT 01007 (TC). Caso TC09010. Julgado em 10 de agosto e 23 de novembro de 2023. Decisão em 4 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKFTT/TC/2023/TC09010.html>. Acesso em: 23 jan. 2025.

⁸⁰ SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA. *Zhang v. Chen*, 2024 BCSC 285 – Ruling on Costs. 20 fev. 2024. Disponível em: [https://www.bccourts.ca/jdb-](https://www.bccourts.ca/jdb-txt/sc/24/02/2024BCSC0285cor1.htm)

[txt/sc/24/02/2024BCSC0285cor1.htm](https://www.bccourts.ca/jdb-txt/sc/24/02/2024BCSC0285cor1.htm). Acesso em: 27 jan. 2025.

⁸¹ SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA. *Zhang v. Chen*, 2024 BCSC 285 – Ruling on Costs. 20 fev. 2024. Disponível em: [https://www.bccourts.ca/jdb-](https://www.bccourts.ca/jdb-txt/sc/24/02/2024BCSC0285cor1.htm)
[txt/sc/24/02/2024BCSC0285cor1.htm](https://www.bccourts.ca/jdb-txt/sc/24/02/2024BCSC0285cor1.htm). Acesso em: 27 out. 2024.

⁸² SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA. *Zhang v. Chen*, 2024 BCSC 285 – Ruling on Costs. 20 fev. 2024. Disponível em: [https://www.bccourts.ca/jdb-](https://www.bccourts.ca/jdb-txt/sc/24/02/2024BCSC0285cor1.htm)
[txt/sc/24/02/2024BCSC0285cor1.htm](https://www.bccourts.ca/jdb-txt/sc/24/02/2024BCSC0285cor1.htm). Parágrafo 7. Acesso em: 27 out. 2024

jurídica e não verificou os resultados antes de os incluir na petição.

Embora o tribunal tenha reconhecido, que não houve intenção deliberada de enganar, considerou que a atuação da advogada foi negligente, pois resultou num desperdício de tempo e recursos para a parte contrária e para o tribunal. Como sanção, a advogada foi condenada a pagar pessoalmente as custas processuais acrescidas devido ao erro e obrigada a rever todos os seus processos pendentes para garantir que não continham mais informações fictícias.

Nos Países Baixos, a utilização de inteligência artificial na administração pública, teve consequências ainda mais graves, resultando num escândalo político e jurídico de grandes proporções.

O caso, conhecido como "toeslagenaffaire", envolveu um sistema de IA utilizado pelas autoridades fiscais neerlandesas para identificar alegadas fraudes, nos subsídios para creche⁸³. O algoritmo de autoaprendizagem gerou perfis de risco, baseados em critérios opacos e discriminatórios, resultando na penalização injusta de milhares de famílias, muitas delas pertencentes a minorias étnicas ou de baixos rendimentos.

A falha no sistema levou ao cancelamento arbitrário de apoios, à exigência de reembolsos exorbitantes e

teve a um impacto devastador na vida das famílias afetadas. Algumas pessoas foram forçadas a vender as suas casas, outras acumularam dívidas intransponíveis e, em casos mais extremos, houve relatos de suicídios motivados pelo desespero gerado por essa injustiça.

Em 2019, o escândalo foi exposto e o governo neerlandês enfrentou duras críticas pela falta de transparência e supervisão na utilização do sistema de IA. Como consequência, as autoridades fiscais neerlandesas foram multadas em 3,7 milhões de euros pelo regulador de privacidade do país, por violações do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD).

O escândalo serviu como um alerta para os riscos de decisões administrativas baseadas em algoritmos não supervisionados, demonstrando que a confiança cega na IA pode resultar em injustiças de grande escala⁸⁴.

Em Portugal, um caso mediático exposto pelos meios de informação, revelou que até os tribunais superiores podem estar vulneráveis ao uso inadequado da IA.

O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), que supostamente teria sido proferido com recurso a inteligência artificial, foi corrigido sem afetar a pronúncia dos arguidos. A presidente do TRL, Guilhermina Freitas, confirmou que os lapsos foram corrigidos ao abrigo do

⁸³ HEIKKILÄ, Melissa. Dutch scandal serves as a warning for Europe over risks of using algorithms. *Politico*, 29 mar. 2022. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/dutch-scandal-serves-as-a-warning-for-europe-over-risks-of-using-algorithms/>. Acesso em: 1 mar. 2025.

⁸⁴ REINO UNIDO. First-Tier Tribunal (Tax Chamber). [2023] UKFTT 01007 (TC). Caso TC09010. Julgado em 10 de agosto e 23 de novembro de 2023. Decisão em 4 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKFTT/TC/2023/TC01007.html>. Acesso em: 23 dez. 2024.

artigo 380.º do Código de Processo Penal.

A controvérsia surgiu após uma notícia⁸⁵ que afirmava que um acórdão, assinado pelos três desembargadores, que citava legislação e jurisprudência inexistentes, levantando suspeitas sobre o uso de inteligência artificial.

Os advogados de uma das envolvidas no processo, pediram a invalidação da decisão.

O Conselho Superior da Magistratura (CSM) instaurou um processo de averiguação, para avaliar uma possível infração disciplinar relacionada com um acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, no qual alegadamente se recorreu a inteligência artificial⁸⁶.

O CSM tomou esta decisão na sequência de uma queixa apresentada por 12 advogados de defesa dos arguidos no processo⁸⁷.

Mas defendeu a necessidade de uma reforma legislativa sobre o uso da inteligência artificial no sistema judicial⁸⁸.

Os casos analisados demonstram que a IA, quando mal

utilizada, pode comprometer gravemente a justiça e os direitos fundamentais. A tendência da IA para gerar alucinações, ou seja, informações falsas, mas plausíveis, representa um risco grave quando aplicada sem verificação da informação.

3. O IMPACTO DA IA NO DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO, EM ESPECIAL O CASO DAS ALUCINAÇÕES.

A utilização da IA no domínio da justiça, pode ser encarada com duas intensidades, isto é, num sentido amplo e num sentido restrito.

Numa dimensão restrita, podemos entender a IA como sendo aplicável apenas à atividade de julgar e, neste sentido surge a problemática da substituição do juiz humano pelo juiz robot.

Numa dimensão mais ampla, podemos conceber a IA aplicável a uma multiplicidade de tarefas complementares à atividade estrita de julgar.

⁸⁵OBSERVADOR. Conselho Superior da Magistratura abre averiguação a suposto uso de IA num acórdão da Relação de Lisboa. *Observador* [em linha], 11 fev. 2025, 20:37. Disponível em: <https://observador.pt/2025/02/11/conselho-superior-da-magistratura-abre-averiguacao-a-suposto-uso-de-ia-num-acordao-da-relacao-de-lisboa/>. Acesso em: 10 mar. 2025.

⁸⁶ CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA. Nota à Imprensa: Plenário de 11 de fevereiro. [S.l.]: Conselho Superior da Magistratura, 2025. Disponível em: <https://csm.org.pt/nota-a-imprensa-plenario-de-11-de-fevereiro/>. Acesso em: 1 mar. 2025.

⁸⁷JORNAL DE NOTÍCIAS. Conselho Superior da Magistratura averigua alegado uso de inteligência artificial em acórdão. *Jornal de Notícias* [em linha], 11 fev. 2025, 20:21. Disponível em: <https://www.jn.pt/1799064504/conselho-superior-da-magistratura-verigua-alegado-uso-de-inteligencia-artificial-em-acordao/>. Acesso em: 10 mar. 2025.

⁸⁸ CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA. Nota à Imprensa: Plenário de 11 de fevereiro. Lisboa: Conselho Superior da Magistratura, 2025. Disponível em: <https://csm.org.pt/nota-a-imprensa-plenario-de-11-de-fevereiro/>. Acesso em: 1 mar. 2025.

No que se refere à atividade complementar, a IA não levanta problemas maiores, pois tem sido utilizada como complementar ao julgamento e prolação de sentenças. Não obstante essa utilização tem de ser concebida de forma criteriosa, pois neste domínio surge o risco das alucinações, matéria objeto do presente estudo.

No que se refere à função de julgar, pode-se configurar a utilização de um sistema de inteligência artificial no sentido de um sistema auxiliar e complementar da atividade do juiz arbitro, no sentido da busca de disposições legais relevantes, análise de doutrina a jurisprudência relevante para a resolução da questão ou um sistema capaz de julgar, substituindo o próprio juiz árbitro.⁸⁹

No que contende com a utilização da inteligência artificial para o exercício da função de julgar e na eventualidade de substituição do juiz arbitro pelo juiz robot é que se levantam inúmeras questões/desafios que nos propomos identificar.

Os Tribunais Administrativos desempenham um papel essencial na proteção dos direitos dos cidadãos contra abusos do Administração.

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), exige que as decisões que afetam direitos e garantias fundamentais sejam tomadas com base numa avaliação humana sensível às circunstâncias do caso concreto. A IA, por mais avançada que seja, não possui a capacidade de interpretar as normas jurídicas de forma equivalente a um juiz⁹⁰. A substituição de juízes por algoritmos compromete a justiça, transformando-a num mero exercício mecânico de aplicação de normas. E transformar a justiça, numa “justiça sem rosto e sem alma”.

O “raciocínio utilizado pela IA é como uma “caixa negra”⁹¹, onde os critérios e ponderações que conduzem a uma decisão não são facilmente acessíveis ou compreensíveis, falamos da opacidade algorítmica⁹².

⁸⁹DYMIK, M. Ethical Artificial Intelligence in Judiciary. In: INTERNATIONAL LEGAL INFORMATICS SYMPOSIUM, 22., 2019, Salzburg. Proceedings [...]. Salzburg: [s.n.], 2019. p. 2.

⁹⁰PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Acórdão de 29 de novembro de 2011. Processo n.º 0701/10. 2ª Subsecção do Contencioso Administrativo. Relator: Pires Esteves. Disponível

em: <https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/0/4d5dfe357c53e3978025795e0052e61f?OpenDocument>. Acesso em: 21 mar. 2025.

⁹¹TRANCOSO, Isabel; MAMEDE, Nuno; MARTINS, Bruno; PINTO, H. Sofia; RIBEIRO, Ricardo. The impact of language technologies in the legal

domain. In: NTUNES, Henrique Sousa; FREITAS, Pedro Miguel; OLIVEIRA, Arlindo L.; PEREIRA, Clara Martins; SEQUEIRA, Elsa Vaz de; XAVIER, Luís Barreto (Eds.). *Multidisciplinary perspectives on artificial intelligence and the law*. Cham: Springer, 2024. p. 38. DOI: 10.1007/978-3-031-41264-6_2. Disponível em: SpringerLink. Acesso em: 11 mar. 2025.

⁹²PEDROSO, João; SANTOS, Andreia. Inteligência artificial e justiça criminal: riscos e desafios. *Sociologia*, n. 35, p. 137, ago. 2024. Disponível em: <https://revista.aps.pt/pt/inteligencia-artificial-e-justica-criminal-riscos-e-desafios/>. Acesso em: 11 mar. 2025.

A utilização de IA apresenta sérias limitações, pois um algoritmo não possui capacidade interpretativa, não pode ponderar princípios jurídicos conflitantes e não compreende a evolução doutrinária e jurisprudencial⁹³.

Não esqueçamos que a atividade jurisdicional, que culmina com uma sentença traduz-se num longo e complexo processo interpretativo, onde se estabelecem, designadamente, analogias e outros tipos de raciocínios de alguma complexidade. Todo este processo resulta de um esforço cognitivo humano necessário. As decisões judiciais resultarão de um processo mental, dependente de capacidades humanas em que se revela indispensável as mundividências humanas e conceptualizações de natureza moral e ética que os algoritmos não possuem. Só a dimensão emocional humana poderá conduzir a uma sentença justa e equitativa.

As dificuldades interpretativas impostas aos sistemas de inteligência artificial agravam-se no domínio administrativo, nas situações em que as decisões administrativas se traduzem no exercício de poderes discricionários.

De facto não difícil, a um sistema de IA controlar a legalidade da atuação administrativa, se o respetivo conteúdo da mesma estiver determinado, de forma escrupulosa na lei.

Nesta situação, a transposição do silogismo para um sistema informático decisor parece não levantar problemas. Sem prejuízo de por vezes o texto legal comportar formulações demasiado densas e de difícil compreensão, sendo necessário o apelo a “técnicas de normalização” através da simplificação do texto, substituindo algumas expressões por outras mais curtas e de fácil perceção.

O principal desafio, coloca-se no controlo da validade de um ato discricionário da Administração. A discricionariedade é, como sabemos, uma margem de conformação atribuída pela lei à Administração, para que esta determine o conteúdo da sua atuação, em função do interesse público em concreto, sempre cerceada pelos limites e critérios legais.⁹⁴

Cabe à Administração escolher, em cada situação concreta, os meios mais adequados à realização do interesse público, em função de parâmetros técnicos e à luz de ditames de eficácia e eficiência (pois nesta tarefa impende sobre o órgão administrativo um dever de boa administração, que decorre do princípio da prossecução do interesse público).

Como se sabe, são várias as formas através das quais o legislador atribui poder discricionário à Administração, designadamente,

⁹³ RAZMETAEV, Yulia. Algorithms in the courts: is there any room for a rule of law? *Access to Justice in Eastern Europe*, [S.l.], v. 4, n. 16, p. 87-100, nov. 2022. ISSN 2663-0583. Disponível em: https://ajee-journal.com/upload/attaches/att_1668603205.pdf. Acesso em: 11 jan. 2025.

⁹⁴ A este propósito, MAGALHÃES, Bárbara. A inteligência artificial e meios alternativos de resolução de litígios. In: MARINONI, Luiz Guilherme; PEDRO, Ricardo (Coords.). *A inteligência artificial e os tribunais em Portugal e no Brasil: perspectivas jurídicas*. São Paulo: Editora Thoth, 2025.

através da formulação de uma norma permissiva ou de uma norma facultativa, na qual se prevê uma panóplia de alternativas, entre as quais o agente administrativo deverá optar pela que melhor prosseguirá o interesse público do caso concreto, ou através as indeterminação conceptual da norma, prevendo-se conceitos indeterminados que atribuam uma intencionalidade normativa de abertura para valoração pela Administração ou através da atribuição do poder de autovinculação da Administração.

Perante o espaço de livre conformação da Administração, a Administração deverá escolher a solução que melhor se coaduna com o interesse público. No entanto não esqueçamos que o interesse público altera consoante as circunstâncias de tempo, lugar/espaço, não é um conceito imutável, não sendo, por conseguinte possível a programação da aplicação de determinada solução legal em determinada situação, pois esta altera-se em função das variáveis já enunciadas.

O controlo de validade de um ato discricionário como tem pressuposto a possibilidade de escolha da Administração no caso concreto, em função das variáveis aplicadas. Se nem todas as escolhas ou interpretações potencialmente permitidas pela letra da lei foram contempladas pelo sistema de IA, a decisão poderá encontrar-se inquinada de impossibilidade legal. Parece-nos inescapável a exigência de um juiz arbitro humano, pois por vezes é impossível que um sistema de IA contemple todos os preenchimentos valorativos possíveis de indeterminações conceptuais.

Não esqueçamos que é fundamental, na prolação de uma sentença, o carácter emocional do ser humano. Só assim se alcança uma justiça adequada e equitativa.⁹⁵⁹⁶

No direito administrativo, a transparência⁹⁷ e fundamentação das decisões são princípios estruturantes, conforme estabelecido no artigo 268.º, n.º 3 da CRP. Se um cidadão contestar uma decisão administrativa fundamentada em IA, poderá enfrentar dificuldades em compreender o

⁹⁵ Neste sentido, vide, MAGALHÃES, Bárbara, Desafios da Inteligência Artificial nas garantias do Direito e Processo Administrativo, In A. S. P. Oliveira & P. Jerónimo (Eds.), *Liber Amicorum* Benedita Mac Crorie volume I (pp. 243-260). UMinho Editora. <https://doi.org/10.21814/uminho, p. 258>.

⁹⁶ Na Alemanha já existe um protótipo de software, o ARGUMENTUM, que visa identificar, analisar e recomendar de modo automatizado as est ruturas de argumentação jurídica incorporadas na jurisprudência, eletronicamente disponível, do Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsgericht, BVerfG). Ver

Constantin houy et al., “Towards Automated Identification and Analysis of Argumentation Structures in the Decision Corpus of the German Federal Constitutional Court”, in AAVV, 7th IEEE International Conference on Digital Ecosystems and Technologies (DEST), 2013; C. houy et al., “ARGUMENTUM - Towards computersupported analysis, retrieval and synthesis of argumentation structures in humanities using the example of jurisprudence”, KI-2012: Poster.

⁹⁷IBM. O que é transparência de IA? *IBM Brasil Newsroom*, 6 set. 2024. Disponível em: <https://brasil.newsroom.ibm.com/news?l=25&o=25>. Acesso em: 1 mar. 2025.

raciocínio que levou àquela decisão, prejudicando o direito ao contraditório e à ampla defesa. Além disso, a ausência de um responsável humano direto pode dificultar a identificação de responsabilidades em casos de erro.

Poderíamos apontar mais desafios que se colocam no âmbito da utilização da IA, desordenadamente, independência e imparcialidade algorítmica, responsabilidade dos juízes ou até mesmo desafios de ordem processual, não obstante o objeto do nosso estudo prende-se essencialmente com as alucinações, pelo que não discorreremos sobre os restantes temas elencados.

4. ESTRATÉGIAS PARA MITIGAR OS RISCOS DAS ALUCINAÇÕES DA IA NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

A crescente digitalização da Justiça Administrativa e a introdução da Inteligência Artificial (IA) nos tribunais apresentam oportunidades para otimizar os processos e melhorar a eficiência. No entanto, a utilização da IA na tomada de decisões judiciais levanta desafios significativos, sobretudo quando ocorrem alucinações algorítmicas, ou seja, quando a IA gera informações erradas ou inexistentes

sem que isso seja imediatamente detetado.

A fiabilidade dos sistemas de IA é, por isso, um fator crítico que deve ser garantido para preservar os princípios fundamentais do Direito, incluindo a transparência, a equidade e a ampla defesa.

A IA deve ser utilizada apenas como ferramenta auxiliar, permitindo a otimização de processos burocráticos e administrativos, mas nunca substituindo a função decisória dos magistrados.

Como destaca Andreia Martinho, num estudo ⁹⁸ empírico sobre a digitalização e automação da Justiça em Portugal, os juízes manifestam um posicionamento cauteloso face à IA, reconhecendo a sua capacidade para tornar os processos mais céleres, mas preocupando-se com questões éticas e jurídicas, como a opacidade dos algoritmos e o risco de comprometer princípios fundamentais da Justiça.

A supervisão humana deve ser obrigatória, assegurando que todas as decisões geradas com o auxílio da IA, devem ser reapreciadas pelos juízes. Esta reavaliação “manual” deve garantir que as normas aplicáveis são corretamente interpretadas e que não há distorções nos resultados gerados pela IA⁹⁹.

⁹⁸ MARTINHO, Andreia. Digitalização, automação e inteligência artificial nos tribunais judiciais portugueses. *A Revista do Supremo Tribunal de Justiça*, n.º 3, p. 167-178, jan./jun. 2023. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://arevista.stj.pt/media/pages/edicoes/numero-3/4245a5680c-1721993418/a-revista-miolo-03.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2025.

⁹⁹ PAULICHI, Jaqueline da Silva; CARDIN, Valeria Silva Galdino. A inteligência artificial como meio de auxílio ao juiz e a sua capacidade decisória. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 9, n. 2, p. 845-872, 2023. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2023/2/2023_02_0845_0872.pdf. Acesso em: 4 mar. 2025..

Além disso, a responsabilidade final por cada decisão judicial deve permanecer nas mãos dos magistrados, evitando qualquer delegação total da função decisória para os sistemas automatizados.

Contudo, para que os magistrados possam exercer esse papel de supervisão eficazmente, é essencial reforçar a sua formação na área da inteligência artificial.

Além disso, a transparência e o controle dos algoritmos devem ser asseguradas. Os sistemas da IA utilizados na Justiça devem ser explicáveis, permitindo que os magistrados compreendam o raciocínio subjacente a cada decisão.

O estudo de Andreia Martinho, revela que, embora a maioria dos magistrados considere necessária uma maior preparação sobre os desafios jurídicos da IA, demonstram interesse na formação e na preparação, sobre os desafios jurídicos associados as tecnologias da IA, para compreender como funcionam os modelos algorítmicos. Essa lacuna pode comprometer a capacidade dos juízes para avaliar criticamente decisões

automatizadas e identificar potenciais erros ou vies algorítmicos¹⁰⁰.

Ainda no referido estudo, destaca-se que os magistrados demonstram receio de que o aumento do uso da IA na Justiça leve a uma maior valorização do precedente jurisprudencial, aproximando o modelo jurídico português da Common Law. Esta preocupação é relevante, pois, se os sistemas de IA forem treinados apenas com base em decisões passadas, poderão conduzir a uma aplicação mecânica das normas jurídicas, sem considerar as especificidades de cada caso.¹⁰¹

Outro risco associado a IA nos tribunais administrativos, é a possibilidade de vies algorítmico, que pode comprometer a igualdade entre os cidadãos. A digitalização da justiça administrativa pode aprofundar desigualdades, especialmente para cidadãos com menos acesso a recursos tecnológicos ou com menor literacia digital.¹⁰²

Para mitigar estes riscos, recomenda-se que os algoritmos sejam submetidos a testes regulares de imparcialidade, transparência,

¹⁰⁰MARTINHO, Andreia. Digitalização, automação e inteligência artificial nos tribunais judiciais portugueses. *A Revista do Supremo Tribunal de Justiça*, n.º 3, p. 167-178, jan./jun. 2023. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça. Disponível

em: <https://arevista.stj.pt/media/pages/edicoes/numero-3/4245a5680c-1721993418/a-revista-miolo-03.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2025.

¹⁰¹ Martinho, Andreia, 2023. Digitalização, automação e inteligência artificial nos tribunais judiciais portugueses. *A Revista do Supremo Tribunal de Justiça*, n.º 3, jan.-jun. Lisboa:

Supremo Tribunal de Justiça.. 2025. p.176. Disponível

em: <https://arevista.stj.pt/media/pages/edicoes/numero-3/4245a5680c-1721993418/a-revista-miolo-03.pdf>. Consultado em 6 mar.2025.

¹⁰² Neste sentido, vide, MAGALHÃES, Bárbara. Desafios da inteligência artificial nas garantias do direito e processo administrativo. In: OLIVEIRA, A. S. P.; JERÓNIMO, P. (Eds.). *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie: volume I*. Braga: UMinho Editora, 2022. p. 243-256. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/82174>. Acesso em: 12 mar. 2025.

identificando e corrigindo eventuais enviesamentos nas decisões.

Os sistemas de IA devem ser treinados com bases de dados diversas e representativas, evitando que reflitam apenas padrões históricos que possam perpetuar desigualdades.

Os tribunais devem garantir que todos os cidadãos disponham de meios acessíveis para contestar decisões automatizadas, incluindo canais de apoio para assistência jurídica e tecnológica.¹⁰³

É necessário que a regulação da IA nos tribunais administrativos seja robusta e rigorosa, assegurando que a sistemas IA no sistema judicial não comprometam a transparência, a equidade e a segurança jurídica. É essencial também, envolver todos os profissionais da Justiça na definição das soluções tecnológicas a adotar.

Para mitigar os riscos das alucinações da IA nos tribunais administrativos, é necessário garantir supervisão humana contínua, transparência algorítmica, regulamentação adequada e formação especializada dos magistrados.

Sugere-se a criação de um registo de todas as interações entre juízes e sistemas de IA, garantindo que cada decisão automatizada possa ser auditada e verificada.

Os tribunais devem adotar um princípio de "caixa branca" transparência, onde os processos

algorítmicos sejam acessíveis e interpretáveis por todos os profissionais do Direito, em vez de sistemas de "caixa negra", cujos critérios de decisão são opacos.

Esta tecnologia, deve ser um instrumento ao serviço da Justiça e não um fator que amplie desigualdades ou reduza a intervenção humana na tomada de decisões. Para isso, é fundamental um equilíbrio entre inovação tecnológica e preservação dos princípios fundamentais do Direito, garantindo que a modernização do sistema judicial respeita os valores democráticos e a proteção dos direitos dos cidadãos.

CONCLUSÃO

A crescente incorporação da IA nos processos judiciais administrativos representa um marco na modernização do sistema jurídico, trazendo inovações que podem contribuir para a eficiência, a celeridade e a acessibilidade da justiça. No entanto, os desafios apresentados pela IA, particularmente no que se refere às suas alucinações, impõem a necessidade de uma reflexão crítica e de medidas regulatórias adequadas para garantir que essa tecnologia seja utilizada de forma responsável e alinhada com os princípios fundamentais do direito.

Os casos analisados demonstram que a confiança cega nos

¹⁰³PEDROSO, João; SANTOS, Andreia. Inteligência artificial e justiça criminal: riscos e desafios. *Sociologia On Line*, n.º 35, p. 134-155, ago. 2024. Disponível

em: <https://revista.aps.pt/pt/inteligencia-artificial-e-justica-criminal-riscos-e-desafios/>. Acesso em: 12 mar. 2025.

sistemas de IA, sem validação humana, pode levar a erros graves, afetando negativamente o funcionamento dos tribunais e a segurança jurídica dos cidadãos.

A utilização inadvertida de decisões inexistentes ou informações distorcidas compromete não apenas a qualidade das decisões judiciais e administrativas, mas também a credibilidade das instituições responsáveis por garantir a justiça. Quando advogados, juízes e funcionários judiciais, recorrem a sistemas de IA sem uma verificação rigorosa, aumentam os riscos de decisões injustas, sanções disciplinares e até mesmo de condenações equivocadas.

O fenômeno das alucinações da IA evidencia a fragilidade dos sistemas automatizados na interpretação do direito e na formulação de argumentos jurídicos sólidos.

Ao operar com base em padrões estatísticos e modelos probabilísticos, a IA pode gerar respostas que, apesar de parecerem coerentes, não possuem fundamento legal. Este problema é particularmente preocupante no âmbito do direito processual administrativo, onde a previsibilidade e a fundamentação das decisões são essenciais para garantir a legalidade dos atos e o respeito pelos direitos dos cidadãos.

A falta de transparência dos algoritmos, frequentemente descrita como um problema de “caixa negra”, agrava ainda mais este cenário, dificultando a auditoria e o escrutínio das decisões baseadas em IA.

Neste contexto, a utilização da IA nos tribunais administrativos deve ser acompanhada de uma supervisão humana rigorosa. Os juízes e advogados devem atuar como filtros críticos, avaliando cuidadosamente as informações geradas por estas ferramentas e assegurando que a tomada de decisão em conformidade com os critérios jurídicos sólidos e em fontes verificáveis. A IA deve ser vista como um instrumento de apoio e não como um substituto do raciocínio humano e da interpretação jurídica.

Para mitigar os riscos associados às alucinações da IA, torna-se imperativo estabelecer diretrizes normativas claras que regulem a utilização desta tecnologia no sistema de justiça. O desenvolvimento de mecanismos de responsabilização, a implementação de auditorias periódicas e a exigência de maior transparência nos algoritmos são medidas fundamentais para garantir que o uso da IA esteja em conformidade com os princípios do Estado de Direito.

Além disso, a formação contínua de magistrados e advogados sobre as limitações e os riscos da IA deve ser uma prioridade, permitindo que estes profissionais façam um uso informado e responsável destas ferramentas.

A experiência internacional demonstra que a utilização descontrolada de sistemas de IA pode ter consequências devastadoras para a justiça e para a sociedade. Casos como o escândalo neerlandês dos subsídios para creche e as sanções aplicadas a advogados que confiaram cegamente em decisões geradas por IA, reforçam a necessidade de uma abordagem

cautelosa e regulamentada. A tecnologia, quando mal implementada ou utilizada sem supervisão, pode amplificar desigualdades, gerar injustiças e comprometer a confiança pública no sistema judicial.

Assim, a integração da IA no direito processual administrativo deve ser orientada por uma perspectiva equilibrada, que valorize os benefícios da tecnologia sem descurar os desafios éticos, jurídicos e sociais que dela decorrem. A regulamentação, a transparência e a supervisão humana devem ser pilares fundamentais desse processo, garantindo que a IA contribua para a melhoria da justiça sem comprometer a sua integridade e legitimidade.

Em última instância, a justiça não pode ser reduzida a um exercício meramente automatizado. O direito, enquanto construção social e humana, exige interpretação, ponderação e sensibilidade para lidar com as particularidades de cada caso concreto. A IA pode e deve ser utilizada para potencializar a eficiência e a acessibilidade do sistema jurídico, mas jamais poderá substituir o papel insubstituível dos magistrados na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O futuro da justiça administrativa dependerá, assim, da capacidade de equilibrar inovação tecnológica com responsabilidade ética e jurídica, assegurando que a modernização dos tribunais nunca se faça em detrimento da sua função essencial: garantir uma justiça verdadeiramente justa.

Para que não se torne numa justiça sem rosto e sem Alma.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Henrique Sousa; FREITAS, Pedro Miguel; OLIVEIRA, Arlindo L.; PEREIRA, Clara Martins; SEQUEIRA, Elsa Vaz de; XAVIER, Luís Barreto (Eds.). *Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and the Law*. Cham: Springer, 2024. ISBN 978-3-031-41263-9. DOI: 10.1007/978-3-031-41264-6.
- ALBERTO, Nádia. *Algoritmos e Big Data a partir do Sistema de Justiça Criminal Português: Contributos para uma Justiça Automatizada*. Coimbra: Almedina, 2024. ISBN 978-989-40-1741-2.
- ALMEIDA, Mário Aroso de. *Manual de Processo Administrativo*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-0652-2.
- ALVES, S. "Luce Meridiana Clarior": A Teoria da Prova no Antigo Regime. In: MENDES, P. de S.; PEREIRA, R. S. (Coords.). *Prova Penal Teórica e Prática*. Coimbra: Almedina, 2020. ISBN 978-972-40-9517-2.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo – Vol. II*. 2.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-7693-9.
- ANTUNES, Henrique Sousa. *Direito e Inteligência Artificial*. Lisboa: Universidade Católica, 2020. ISBN e-book: 978-972-540-724-0.
- ANDRADE, Francisco; CARNEIRO, Davide; NOVAIS, Paulo. A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha. *Scientia Iuridica*, v. 59, n. 329, p. 97-114, 2010. Disponível em:

- <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/19388>
- BARBOSA, Mafalda Miranda. O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução. *Revista de Direito da Responsabilidade* [em linha], 2020, pp. 280 e ss. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2020/o-futuro-da-responsabilidade-civil-desafiada-pela-inteligencia-artificial-as-dificuldades-dos-modelos-tradicionais-e-caminhos-de-solucao-mafalda-miranda-barbosa/>.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, 2024. *Inteligência Artificial: entre a utopia e a distopia, alguns problemas jurídicos*. 2.^a edição. Lisboa: GESTLEGAL. ISBN 978-989-9136-84-3. Depósito Legal 536479/24.
- COSTA Ernesto; Simões, Anabela. *Inteligência Artificial: fundamentos e aplicações*. Editora de Informática. 2.^a Ed. 2008. ISBN 978-972-722-340-4.
- COUTINHO, José de Abreu. Código de Processo nos Tribunais Administrativos. In: Cordeiro, António Menezes. 2.^a ed. Coimbra, Almedina, 2022. ISBN 978-972-40-7892-1.
- SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Tribunais e inteligência artificial: uma odisseia no século XXI*. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça, 2023. ISBN 978-989-53058-8-9. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2024/05/Livrodigital-Inteligencia-Artificial-2023-4.pdf>.
- DAVENPORT, Thomas. Machine learning: what it is and why it matters. *SAS Insights*, 2022. Disponível em: https://www.sas.com/en_us/insights/analytics/machine-learning.html. Tom Davenport
- DIAS, Cristiano. AI hallucinations nos tribunais. *Observatório Almedina*, 16 jul. 2024. Disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2024/07/16/ai-hallucinations-nos-tribunais/>.
- DUARTE, Maria Luísa. *Introdução ao Estudo do Direito*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Edições AAFDL, 2003. Reimpressão 2010. Disponível em: <https://livraria.aafdl.pt/pt/introducao-ao-direito/1339-introducao-ao-direito-introducao-ao-estudo-do-direito-3-edicao-9789726298137.html>.
- MOREIRA, Sónia (Ed.). *E.Tec Yearbook - Industry 4.0: Legal Challenges*. Braga: JusGov - Research Centre for Justice and Governance, University of Minho - School of Law, dezembro de 2022. ISSN 2184-707X. Disponível em: <https://www.jusgov.uminho.pt/publicacoes/e-tec-yearbook-2022/>.
- FORD, Martin. *O futuro da inteligência artificial*. 1.^a ed. Lisboa: Bertrand Editora, 2022. ISBN 978-972-25-4357-6.

- GONÇALVES, Marco Carvalho. Inteligência artificial e processo judicial em busca da celeridade, da eficiência e da qualidade da justiça. In: VEIGA, Fábio da Silva; AMORIM, José Campos; AZEVEDO, Patrícia Anjos (Coords.). *Desafios do LegalTech*. Porto: Editora XYZ, 2024. v. II, p. 269.
- GUIMARÃES, Maria Raquel; PEDRO, Rute Teixeira; RENDINHA, Maria Regina (Coords.). *Direito Digital 2.0*. Porto: Universidade do Porto, Reitoria, 2020. Publicação do Projeto “It’s a wonderful (digital) world”: O direito numa sociedade digital e tecnológica (CIJ). Apoio da Fundação para a Ciência e a Tecnologia – UIDB/00443/2020 (Centro de Investigação Jurídica). ISBN 978-989-746-362-4.
- KARNOW, Curtis. The application of traditional tort theory to embodied machine intelligence. In: CALO, Ryan; FROOMKIN, Michael; KERR, Ian (Coords.). *Robot Law*. Cheltenham: Elgar, 2016.
- MARTINHO, Andreia. Digitalização, automação e inteligência artificial nos tribunais judiciais portugueses. *A Revista do Supremo Tribunal de Justiça*, n.º 3, jan.-jun. 2023, p. 167-168. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://arevista.stj.pt/media/pages/edicoes/numero-3/4245a5680c-1721993418/a-revista-miolo-03.pdf>.
- MELO, João Ozorio de. Advogados dos EUA enfrentam sanções por citações inventadas pelo ChatGPT. *Consultor Jurídico*, 30 maio 2023, 10h47. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-30/advogados-eua-enfrentam-sancoes-culpa-chatgpt/>.
- MESQUITA, Lurdes Varregoso. Small claims e smart justice – o caminho faz-se caminhando. In: REBELO, Fernanda (Coord.). *O consumidor no século XXI: algumas abordagens na economia digital*. Coimbra: Edições Almedina, 2025. ISBN 978-989-40-2412-5.
- OLIVEIRA, Arlindo. *Inteligência Artificial*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019. Depósito Legal n.º 448293/18.
- PASQUINELLI, Matteo; JOLER, Vladan. The Noosphere Manifested: AI as Instrument of Knowledge Extractivism. *AI & Society*, v. 36, p. 1263–1280, 2021. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-020-01097-6>.
- PEDRO, Ricardo. Do uso de IA generativa nos tribunais a uma justiça degenerativa: quando a tecnologia alucina. 18 jul. 2024. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4904844. Acesso em: 22 mar. 2025.
- PEDRO, Ricardo; OLIVEIRA, Mendes, António. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos: anotação à Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, e às medidas legislativas em matéria de COVID-19*. Coimbra: Edições Almedina, 2020.
- PEDRO, Ricardo. "Luzes e Sombras sobre a Transparência no Uso de

- Inteligência Artificial e de Algoritmos pela Administração Pública". In: Em Nome da Transparência no Direito Administrativo: Um Diálogo Luso-Brasileiro, Lisboa, Almedina, 2023.
- PEDROSO, João. SANTOS, Andreia. Inteligência artificial e justiça criminal: Riscos e desafios. *Sociologia*. N.º 35, agosto de 2024. Disponível em: <https://revista.aps.pt/pt/inteligencia-artificial-e-justica-criminal-riscos-e-desafios/>
- PEDRO, Ricardo. Luzes e sombras sobre a transparência no uso de inteligência artificial e de algoritmos pela Administração Pública. In: *Em nome da transparência no Direito Administrativo: um diálogo luso-brasileiro*. Lisboa: Edições Almedina, 2023.
- PEREIRA, Joel Ramos. A criação e gestão do sistema informático dos Tribunais na computação das Tecnologias da Informação. Disponível em: https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/encontroscsm/07eacsm/7encontroscsm_joelpereira.pdf.
- PEREIRA, Joel Ramos. A criação e gestão do sistema informático dos Tribunais na computação das Tecnologias da Informação. Disponível em: https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/encontroscsm/07eacsm/7encontroscsm_joelpereira.pdf.
- PEDROSO, João; SANTOS, Andreia. Inteligência artificial e justiça criminal: riscos e desafios. *Sociologia*, n.º 35, ago. 2024. Disponível em: <https://revista.aps.pt/pt/inteligencia-artificial-e-justica-criminal-riscos-e-desafios/>.
- RAZMETAeva, Yulia. Algorithms in the courts: is there any room for a rule of law? *Access to Justice in Eastern Europe*, 2022. Disponível em: <http://ajee-journal.com>. Acesso em: 22 mar. 2025.
- ROCHA, Manuel Lopes; PEREIRA, Rui Soares (Coord.). *Inteligência Artificial & Direito*. Colaboração de Ana Coimbra Trigo. Reimpressão. Coimbra: Almedina Editora, 2020. ISBN 978-972-40-8262-2.
- RONZE, Fernando José. O jurista: pessoa ou androide? In: VARELA, Antunes (Coord.). *Ab uno ad omnes: 75 anos da Coimbra Editora, 1920-1995*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- SAMPAIO, Elisa Alfaia; GOMES, Paulo Jorge. A inteligência artificial como auxiliar das decisões judiciais. In: GUIMARÃES, Maria Raquel; PEDRO, Rute Teixeira (Orgs.). *Direito e Inteligência Artificial*. Coimbra: Almedina, [s.d.], p. 278-292. ISBN 978-989-40-1434-8.
- SILVA, Artur Flamínio da. Inteligência artificial e direito administrativo. In: SILVA, Artur Flamínio da. *Direito Administrativo e Tecnologia*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2023. ISBN 978-989-40-1467-6.
- TRANCOSO, Isabel; MAMEDE, Nuno; MARTINS, Bruno; PINTO, H. Sofia; RIBEIRO, Ricardo. The impact of language technologies in the legal domain. In: ANTUNES, Henrique

- Sousa et al. (Eds.). *Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and the Law*. Cham: Springer, 2024. p. 25-46. ISBN 978-3-031-41263-9. DOI: 10.1007/978-3-031-41264-6.
- VEIGA, Fábio da Silva; AMORIM, José Campos; AZEVEDO, Patrícia Anjos (Coords.). *Desafios do LegalTech – Vol. II*. Porto: Editora XYZ, 2024.
- WENGOROVIVUS, Sofia. Tecnologia, proteção de dados e inteligência artificial – os passos equilibrados para os tribunais. In: *A Inteligência Artificial nos Tribunais Portugueses e Brasileiro*. Disponível em: <https://csm.org.pt/wp-content/uploads/2025/01/Artigo-Sofia-W.-IA.pdf>.
- IMPRESA NACIONAL-CASA DA MOEDA. *LIA – Assistente de pesquisa inteligente do Diário da República*. Lisboa: Diário da República Eletrónico, [s.d.]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/lia/login>.
- CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (CNECV). *Livro Branco sobre Inteligência Artificial e Ética*. Lisboa: CNECV, [s.d.].
- PAÍSES BAIXOS. Autoridade para a Proteção de Dados. *Toeslagenaffaire: escândalo dos benefícios de creche e discriminação algorítmica*. [S.l.: s.n.], [s.d.]. Disponível em: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/> (procurar link direto ou oficial do relatório).
- INSTITUTO SUPERIOR TÉCNICO. Ferramentas desenvolvidas por investigadores do Técnico e do INESC-ID foram encomendadas pelo Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://tecnico.ulisboa.pt/pt/noticias/inteligencia-artificial-vai-agilizar-digitalizacao-de-acordos-e-facilitar-o-seu-acesso/>.
- PORTUGAL. *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*. Lei n.º 27/2021, de 17 de maio. Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/Educacao_Carta-Portuguesa-de-Direitos-Humanos-na-Era-Digital.aspx.

JURISPRUDÊNCIA

- SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA. Zhang v. Chen, 2024 BCSC 285 – Ruling on Costs. [online]. 20 fev. 2024. Disponível em: <https://bccourts.ca>. Acesso em: 27.Out. 2024.
- UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. Mata v. Avianca, Inc., Civil Action No. 22-cv-1461 (PKC). [online]. Affidavit de Steven A. Schwartz, 5 maio 2023. Disponível em: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.575368/gov.uscourts.nysd.575368.32.1_1.pdf
- UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. Mata v. Avianca, Inc., Civil Action No. 22-cv-1461 (PKC).

[online]. Afidavit de Steven A. Schwartz, 5 maio 2023. Acesso em: 28. Dez. 2024. Disponível em: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.575368/gov.uscourts.nysd.575368.32.1_1.pdf

FIRST-TIER TRIBUNAL TAX CHAMBER (UK). [2023] UKFTT 01007 (TC). [online]. Caso nº TC09010,

apelação TC/2022/13979. Ouvido em 10 agosto e 23 novembro 2023. Julgamento em 4 dezembro 2023. Acesso em: 28. Dez. 2024. Disponível em: https://assets.caselaw.nationalarchives.gov.uk/ukftt/tc/2023/1007/ukftt_tc_2023_1007.pdf

SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES, SEUS EFEITOS (RETROATIVO OU PROSPECTIVO) E O EFEITO SUSPENSIVO DE APLICABILIDADE DA SUPERAÇÃO PARA ANÁLISE DE EVENTUAL MODULAÇÃO.¹⁰⁴

THE OVERRULING OF PRECEDENTS, ITS EFFECTS (RETROACTIVE OR PROSPECTIVE) AND THE SUSPENSIVE EFFECT OF THE APPLICABILITY OF THE OVERRULING FOR ANALYSIS OF POSSIBLE MODULATION.

Bruno Augusto Sampaio Fuga

Advogado e Professor. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Pós-doutor pela USP. Mestre em Direito pela UEL. Pós-graduado em Processo Civil. Pós-graduado em Filosofia Jurídica e Política pela UEL. Conselheiro da OAB Londrina/PR. Editor chefe da Editora Thoth. E-mail brunofuga@brunofuga.adv.br.

RESUMO: A *contextualização* do presente artigo tem como foco abordar temas relacionados aos precedentes na ótica do Processo Civil, em especial a análise de superação de precedentes, seus efeitos (retroativo ou prospectivo), a possível modulação, o julgamento no modelo bifásico, possível quórum e o momento para julgar a modulação, bem como o uso dos embargos de declaração para essa finalidade. O *objetivo* do estudo é discorrer sobre a regra de retroatividade na superação de precedente de acordo com o art. 927, §3 e §4º, mas a possível modulação de efeitos de acordo com os mesmos artigos legais citados, assim como ser prudente que esse pedido de modulação seja recebido com efeito suspensivo para evitar danos na aplicação incorreta do precedente diante da possibilidade de modulação. Em destaque também o *objeto* do artigo é apresentar estudo sobre a forma

bifásica de julgamento (primeiro a possível superação e depois a modulação), bem como o momento e o possível quórum de julgamento da fase de modulação. O uso dos embargos de declaração como peça processual é também objeto de estudo do presente artigo. Os principais *resultados* e *conclusões* estão relacionados a real constatação de ser a regra o efeito retroativo na superação de precedentes de acordo com o texto legal, ou seja, embora possa ser desejável (e às vezes necessário) a aplicação do efeito prospectivo, a regra legal ainda é a retroatividade, mas, como afirmado, é possível a modulação, além de ser prudente o referido pedido ser recebido com efeito suspensivo.

PALAVRAS-CHAVE: Embargos de Declaração; Superação de Precedentes; Precedentes; Modulação de Efeitos; Efeito Suspensivo.

¹⁰⁴ Artigo recebido em 16/07/2024 e aprovado em 02/10/2024.

ABSTRACT: The *contextualization* of this paper focuses on topics related to precedents from the perspective of the Brazilian Civil Procedure, particularly the analysis of overruling precedents, its effects (retroactive or prospective), possible modulation, the two-phase model decision, possible quorum and the moment to decide on modulation, as well as the use of motion for clarification (an appeal in the Brazilian legal system) for this purpose. The purpose of the study is to discuss the rule of retroactivity in overruling precedent in line with art. 927, §3 and §4 of the Brazilian Code of Civil Procedure, but the possible modulation of the effects according to the same legal articles referred to above, and it is prudent for the request for modulation to be received with suspensive effect to avoid damage in the incorrect application of the precedent given the possibility of modulation. The purpose of the paper is also to present a study on the two-phase decision (first the possible overruling and then the modulation), as well as the moment and possible quorum for the modulation-phase decision. The use of motion for clarification as a procedural document is also subject matter of this paper. The main *results* and *conclusions* are related to the fact that retroactive effect is the rule when overruling precedents according to the legal text, i.e. although it may be desirable (and

sometimes necessary) to apply the prospective effect, the legal rule is still retroactivity, i.e. modulation is possible, and it is prudent for the request for modulation to be received with suspensive effect.

KEYWORDS: Motion for Clarification; Overruling of Precedents; Precedents; Modulation of the Effects; Suspensive Effect.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda temática relacionada à aplicação dos precedentes no processo civil.¹⁰⁵ Iniciaremos apresentando que é possível superar precedentes e a regra, se superado o precedente, é a aplicação retroativa do novo entendimento firmado na superação. No entanto, apresentamos o entendimento legal de que é possível, por segurança jurídica, haver modulação de efeitos (efeitos prospectivos).

Na sequência do artigo abordamos o tema do *momento* adequado para julgar a possível modulação, bem como o possível *quórum* de julgamento para referida análise. Daremos destaque também ao necessário julgamento de forma bifásica, ou seja, primeiro a superação e depois a necessidade (ou não) de modulação (CPC, art. 927, §4º).

¹⁰⁵ Ver sobre o tema também em FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o sistema de precedentes: a necessária compreensão da ratio decidendi, da tese e do dispositivo do precedente. *Revista de Processo* | vol. 325/2022

| p. 379 - 407 | Mar / 2022; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Editora Thoth, 2020.

O artigo encerra com apontamentos sobre a necessidade de ser recebido o eventual pedido de modulação por meio de embargos de declaração com efeito suspensivo, a fim de evitar danos na incorreta aplicação do precedente.

1 A REGRA É O EFEITO RETROATIVO NA SUPERAÇÃO

Humberto Ávila aponta que “enquanto a lei se destina ao futuro, as decisões judiciais, em regra, vertem sobre o passado”, a permitir que a regra seja a retroatividade na *superação* de entendimentos firmados em precedentes. A modulação, neste sentido, depende de razões fático-jurídicas relevantes.¹⁰⁶

Deste modo, enquanto fontes produtoras de normas interpretativas, os pronunciamentos judiciais produzem efeitos, em sentido amplo, “retroativos”.¹⁰⁷

Assim, a regra é o efeito *retrospectivo* na hipótese de superação

de entendimento no Brasil.¹⁰⁸ Embora a regra, o efeito retrospectivo pode causar algumas injustiças. O efeito retrospectivo pode trazer *não apenas um futuro incerto (o que já seria ruim), mas também um contraditório “passado incerto”*.¹⁰⁹

Assim, o STJ, já na vigência do Código de Processo Civil de 2015, manifestou que a regra é a retroatividade – STJ, EDcl no REsp 1.285.463/SP e STJ, EDcl no EREsp 1.134.957/SP. Ocorre, porém, que a legislação atual traz de forma expressa a possibilidade de *modulação* dos refeitos, ou seja, a regra é o efeito retroativo, todavia, veremos adiante que em algumas situações o efeito prospectivo é possível.

E como há uma nova sistemática processual com “precedentes” com grande força vinculativa,¹¹⁰ a eventual alteração de entendimento *ganha grande repercussão*. Diga-se, inclusive, que essa modulação é possível na hipótese de alteração do precedente e não quando ele é formado.¹¹¹

¹⁰⁶ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. Malheiros Editores. São Paulo, SP. 2011, p. 474.

¹⁰⁷CAPONI, Remo. Overruling em matéria processual e garantias constitucionais. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 1 – Jun. 1985 – Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, 1985, p. 66.

¹⁰⁸Não concordamos, portanto, com o “FPPC – Enunciado 55: Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto.” No decorrer dos comentários ao artigo da recomendação, demonstraremos os fundamentos.

¹⁰⁹Frase atribuída ao ex-ministro Pedro Malan. O *passado é incerto*, disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/o-passado-incerto-565154.html>

¹¹⁰Ver sobre o tema em FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o sistema de precedentes: a necessária compreensão da ratio decidendi, da tese e do dispositivo do precedente. *Revista de Processo* | vol. 325/2022 | p. 379 - 407 | Mar / 2022

¹¹¹CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram jurisprudência dominante do STJ (art. 927, §3º, do novo CPC). In: *O novo processo civil brasileiro: Temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor Jurista e Ministro Luiz Fux : volume II...*

2 A POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO

Sobre este assunto, um tribunal que aplica uma decisão de superação (*overruling*) deve estar constantemente ciente de que o seu próprio critério constitui a base desta aplicação. Deve considerar cuidadosamente as *consequências* do efeito retroativo e fazer um julgamento *explícito* com base nessa consideração. Em qualquer caso, a operação de superação (*overruling*) não deve ser controlada por regras obrigatórias nem deve ser decidido por padrão.¹¹²

Além disso, discorreremos adiante que a retroatividade ou o efeito *prospective*, de acordo com nosso entendimento, deve ser *obrigatoriamente* tratado na decisão, mesmo sendo a regra o efeito retroativo. O motivo é simples, segurança jurídica - ou seja, para retroagir ou não, deve constar na decisão os motivos.

Adiante segue explorando o tema *prospective overruling*, inclusive no Código de Processo Civil de 2015, momento oportuno para complementar as informações deste artigo.

A previsão legal para modular os efeitos da decisão tem guarida no art. 27 da Lei 9.868/1999 (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) e no art. 11 da Lei 9.882/1999 (arguição de descumprimento de preceito fundamental).¹¹³ O Código Processo Civil de 2015 também apresenta expressa previsão legal neste sentido, art. 927, §3º:

Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Sobre o tema, destacamos também a Lei 13.655/2018 que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito

- 2 ed – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 438 a 443.

¹¹² T. C. M., Jr. The effect of overruling prior judgments on constitutional issues. *Virginia Law Review*, vol. 43, nº 8, 1957, pp. 1294.

Sobre regras para superação (*overruling*) ver em FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Critérios para superação de precedentes: a busca de critérios não subjetivos para superar precedentes. *Fundamentos objetivos e o novo Processo Civil Brasileiro*. Organizadores Marco Félix Jobim e Rafael Caselli Pereira. Editora Thoth, Londrina, PR. 2021.

¹¹³ Sobre o tema, em recurso extraordinário n.º 197.917 em que se declarou a inconstitucionalidade de norma da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, por ofensa ao artigo 29, IV, 'a', da Constituição Federal,

entendeu pela “Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade”.

Sobre o tema: “A eficácia *ex tunc* da superação dos precedentes tem prioridade de aplicação. No entanto, a atribuição de efeitos *ex nunc* deve ser considerada nos casos em que o entendimento que está sendo alterado tornou-se pacífico por longo período.” ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 454.

Sobre o tema, FNPP - Enunciado 21: Na decisão que supera precedente, é cabível a modulação de efeitos em favor da Fazenda Pública, inclusive em matéria tributária.

Brasileiro.¹¹⁴ Em seu artigo 23 traz a possibilidade de regime de transição e o artigo 24¹¹⁵ a necessidade de resguardar segurança jurídica na hipótese de revisão de orientações judiciais. O assunto guarda então nítida relação com o *prospective overruling*.

¹¹⁴ Sobre o tema, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e alteração produzidas pela Lei 13.655/2018, “Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado *levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas*. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.”

Sobre o tema modulação de efeito realizada pelo STJ: “Tenho para mim que, também no âmbito do 738.689, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica. É que o reconhecimento da “sombra de juridicidade”, decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do Direito, já que consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto. Essa necessidade de privilegiar-se a segurança jurídica e, por consequência, os atos praticados pelos contribuintes sob a “sombra de juridicidade” exige do STJ o manejo do termo a quo dos efeitos de seu novo entendimento jurisprudencial.” (grifo nosso) EREsp 738689

A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), art. 896-C, §17º, traz condições para alteração de precedentes. Neste sentido também a Lei 11.417/2006 regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal, disciplinando a edição, a *revisão* e o cancelamento de

(2006/0043241-3 de 22/10/2007), Ministro Hermann Benjamin;

Assim também o STJ realizou *prospective overruling* em Habeas Corpus 28.598: “Habeas Corpus. processual penal. Tempestividade do recurso ministerial. Mudança do entendimento jurisprudencial das cortes superiores. Aplicação aos casos futuros.”

Para os autores, há uma “abertura textual para permitir a modulação não apenas pelas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CHAVES, Luciano Athayde. A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: uma análise expansiva do art. 927, § 3.º, do NCPC. *Revista de Processo* | vol. 259/2016 | p. 437 - 468 | Set / 2016.

¹¹⁵ Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou *orientação nova* sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo *novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição* quando indispensável para que o *novo dever* ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. Parágrafo único. (VETADO). Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou *judicial*, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado *levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas*. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal – regimento interno do STF, art. 354-A.

Sobre o tema *prospectivo*, como exemplo no Brasil, temos o julgamento no STF da ADI 2.240. Trata o caso sobre a criação do município de Luís Eduardo Magalhães, onde a Corte, com relatoria do Ministro Eros Grau, não tinha dúvida da inconstitucionalidade da Lei, porém, o efeito iria atingir diversas situações

que se formaram depois da edição. O relator julgou improcedente mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade. Gilmar Mendes pediu vista, em seu voto e declarou que a ação poderia ser julgada procedente, preservando as *situações anteriores*.¹¹⁶

Assim também decisão proferida pelo STJ em dezembro de 2019 que de forma expressa reconheceu o *prospective overruling*.¹¹⁷ O tema era

¹¹⁶Também sobre o assunto, RE 637.485/RJ: “Recurso extraordinário. Repercussão geral. Reeleição. Prefeito. Interpretação do art. 14, § 5º, da Constituição. Mudança da jurisprudência em matéria eleitoral. Segurança jurídica. I. Reeleição. Municípios. Interpretação do art. 14, § 5º, da Constituição. Prefeito. Proibição de terceira eleição em cargo da mesma natureza, ainda que em município diverso (...) as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior”.

“Não há dúvida que ambas as decisões protegem a segurança jurídica. É isto, precisamente, que permite a aproximação das situações. Porém, a técnica do *prospective overruling* tem a ver com a revogação de precedentes e não com a declaração de inconstitucionalidade. (...) Contudo, na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade do município de Luis Eduardo Magalhães, não há como pensar em proteção da confiança fundada nos precedentes. MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, p. 22.

¹¹⁷Recurso Especial nº 1.721.716/PR. Recurso especial. Seguro de vida. Mudança de jurisprudência. Aplicação do entendimento antigo. Teoria da *prospective overruling*. Mudança de entendimento prospectiva. Proteção da confiança. Necessidade de

proteção. Precedentes qualificados. Não incidência na hipótese. (...). 3. *A teoria da superação prospectiva (prospective overruling)*, de origem norte-americana, é invocada nas hipóteses em que há alteração da jurisprudência consolidada dos Tribunais e afirma que, quando essa superação é motivada pela mudança social, seria recomendável que os efeitos sejam para o futuro apenas, isto é, prospectivos, a fim de resguardar expectativas legítimas daqueles que confiaram no direito então reconhecido como obsoleto. 4. *A força vinculante do precedente, em sentido estrito, bem como da jurisprudência, em sentido substancial, decorre de sua capacidade de servir de diretriz para o julgamento posterior em casos análogos e de, assim, criar nos jurisdicionados a legítima expectativa de que serão seguidos pelo próprio órgão julgador e órgãos hierarquicamente inferiores e, como consequência, sugerir para o cidadão um padrão de conduta a ser seguido com estabilidade*. 5. A modulação de efeitos do art. 927, § 3º, do CPC/15 deve ser utilizada com parcimônia, de forma excepcional e em hipóteses específicas, em que o entendimento superado tiver sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação nos jurisdicionados e, ainda, o exigir o interesse social envolvido. 6. Na hipótese, é inegável a ocorrência de traumática alteração de entendimento desta Corte Superior, o que não pode ocasionar prejuízos para a recorrente, cuja demanda já havia sido julgada procedente em 1º grau de jurisdição de acordo com a jurisprudência anterior do STJ. 7. Recurso especial conhecido e provido. Brasília (DF), 10 de

sobre suicídio, pois em 2018 a Corte Superior firmou entendimento de não cobertura do seguro se o suicídio fosse durante os dois primeiros anos de contrato do seguro. Mas no caso, Recurso Especial nº 1.721.716/PR, o STJ reconheceu o *prospective overruling*

Neste sentido, Mitidiero afirma que, havendo alteração, não poderá atingir retroativamente a parte, pois é preciso reconhecer o precedente como elemento de cognoscibilidade e proteger a confiança, tutelando os atos de disposição praticados.¹¹⁸ Destacamos que então os tribunais de recurso desempenharam duas funções diferentes: decidir casos e alterar as

regras que governam e orientam a conduta futura.¹¹⁹

O *prospective overruling* pode evitar sérios inconvenientes, no sentido de modulação dos efeitos, e constitui importantíssimo instrumento técnico a ser prestigiado pelo legislador e pelos tribunais.¹²⁰ É uma circunstância então para “proteger a confiança” e gerar segurança jurídica.¹²¹

Assim, o legislador no disposto no art. 927, §3º “andou mal” ao afirmar ser possível a modulação em alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda

dezembro de 2019(Data do Julgamento) Ministra Nancy Andrighi Relatora.

¹¹⁸MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. Da persuasão à vinculação. Revista dos Tribunais. 2016, p. 139; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*; -- 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 91.

¹¹⁹LEDERMAN, Howard. Judicial overruling: time for a new general rule. *Michigan Bar Journal*, Michigan, Setembro, 2004, p. 23.

¹²⁰TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: *Direito jurisprudencial / Teresa Arruda Alvim Wambier*, coordenação. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 110.

Decisão do STF: STF, ARE 709.212, Tribunal Pleno, j. 13.11.2014, rel. Min. Gilmar Mendes, “Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. *Necessidade de modulação*

dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

“In all events, prospective overruling is a modern reality. The courts have been freed from the strait-jacket of the declaratory theory of law... They are free to make law. They are free to determine the time when their overruling decisions shall begin to operate. Each overruling case must take effect at some point in time.” Em todos os eventos, *prospective overruling* é uma realidade moderna. *Os tribunais foram libertados da camisa-de-força da teoria declaratória do direito*. Eles são livres para fazer leis. Eles são livres para determinar o momento em que suas decisões de overruling começarão a operar. Cada caso de overruling deve ter efeito em algum momento no tempo” (tradução livre, grifo nosso). ROGERS, Candler S. Perspectives on prospective overruling. 36 *University of Missouri at Kansas City Law Review*. 35, 1968, p. 74.

¹²¹“De fato, *proteger a confiança*, gerando segurança jurídica, nada mais é do que permitir ao jurisdicionado certa dose saudável previsibilidade.” ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 26.

de julgamento de *casos repetitivos*.¹²² Certamente, possível extrair do texto legal que eventual entendimento firmado em IAC (incidente de assunção de competência) também poderá ser modulado.

Destacamos, que essa possibilidade da jurisprudência ter efeitos “moduláveis” suaviza o rigor desta regra de divisão de funções.¹²³ Em um país ainda não acostumado com a força dos precedentes, referida técnica poderá incentivar os tribunais a se sentirem confortáveis para realizar alterações de entendimentos.¹²⁴

3 MOMENTO E QUÓRUM

¹²²ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 101.

¹²³WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: *Direito jurisprudencial* / Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 18

¹²⁴NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil - volume único* / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 10. ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 1413.

“há diversas técnicas disponíveis para escapar do uso dos precedentes”. HARRIS, J. W.. *Towards Principles of Overruling – When Should a Final Court of Appeal Second Guess?* *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, p. 140.

Sobre o tema: “Esta Suprema Corte, considerando os precedentes por ela própria firmados, analisados sob a perspectiva das múltiplas funções que lhes são inerentes – tais como a de conferir *previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas*, a de atribuir *estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide*, a de gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e a de preservar,

Sobre o momento a ser questionada a modulação dos efeitos, inicialmente o STF não permitia que a discussão fosse alegada em *embargos de declaração*. A regra era o efeito retroativo e, quando o órgão não se manifestasse, deveria aplicar a regra, ou seja, o efeito *ex tunc*.¹²⁵

Ocorre, porém, que no recurso extraordinário nº 500.171, com voto vencido Marco Aurélio, foram providos por maioria os *embargos de declaração* para modular os efeitos. Atualmente o STF vem admitindo embargos de declaração com esse fim de solicitar modulação de efeitos (ADI 4.461, ADI 2.797 e ADI 3106).¹²⁶ Ademais, não há necessidade de pedido expresso da

assim, em respeito à ética do Direito, a *confiança dos cidadãos nas ações do Estado* -, *tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional* (RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa), *de determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência, derivada da ruptura de paradigma, a não incidência, sobre situações previamente consolidadas, dos novos critérios consagrados pelo Supremo Tribunal.*” (grifo nosso). STF, AI 733.387 / DF.

¹²⁵PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e modulação de efeitos* 6.^a ed. / Ravi Peixoto – Londrina, PR: Thoth, 2024.

Sobre o tema, autora afirma que o efeito prospectivo poderia vir em uma ordinária *dicta* (*communicated through the use of ordinary dicta*), SHANNON, Bradley Scott. *The retroactive and prospective application of judicial decisions*. 26 *Harvard Journal of Law & Public Policy*. 2003, p. 851.

¹²⁶Sobre o tema: “É considerada omissa, para efeitos do cabimento dos embargos de declaração, a decisão que, na superação de precedente, não se manifesta sobre a modulação de efeitos.” Enunciado nº. 76 da I Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal - agosto de 2017.

parte e o tribunal pode manifestar se *ofício* sobre a modulação.¹²⁷

Vale lembrar, no ponto, que o texto do inciso II do art. 1.022 do CPC em vigor considera como “omissão”, capaz de justificar o aviamento de embargos de declaração, a não manifestação do órgão julgador sobre ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar “de ofício”. Há na doutrina, inclusive, sistematização a respeito, tratando tal situação como “omissão indireta”, na medida em que - mesmo sem prévio requerimento - a legislação determina que o julgador se manifeste sobre determinados temas ou que estes possam ser suscitados de ofício.¹²⁸

No particular, mesmo que conclusão decisória seja no sentido de

“não modular”, tal pronunciamento deve ser efetuado de forma motivada, trazendo os fundamentos para a opção adotada, sob pena de violência ao disposto no art. 93, IX, da CF e, por conseguinte, justificando a oposição dos embargos de declaração.

O STJ, já na vigência do Código de Processo Civil de 2015, manifestou que o pedido de modulação deve ser utilizado com parcimônia e de forma excepcional, podendo ser feito de *ofício*, “razão pela qual não configura inovação recursal”.¹²⁹

Destacamos, contudo, que se deve separar o objeto do recurso/ação com a modulação dos efeitos. Há, neste ponto, um *caráter bifásico*. Neste sentido ADI 2.949, onde para Gilmar

“Basta uma petição simples, mesmo fora do prazo dos embargos.” ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 155.

¹²⁷ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 29.

Para Monnerat, há, inclusive, *um dever de modulação em algumas hipóteses descritas no Código*. MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Súmulas e precedentes qualificados: técnicas de formatação e aplicação* / São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 89.

¹²⁸No tema, trazendo a referida sistematização, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Londrina: Editora Thoth, 2021, p. 298-303).

¹²⁹“1 O propósito dos presentes embargos de declaração é determinar se são necessárias a *modulação* dos efeitos da condenação contida no acórdão embargado e a adoção de regime de transição para que a embargante se adeque ao comando contido em seu dispositivo (arts. 927, § 3º, do CPC/15 e 23 da LINDB). 2. *A modulação*

de efeitos de decisão que supera orientação jurisprudencial é matéria apreciável de ofício, razão pela qual não configura inovação recursal. (...) 5. *A modulação de efeitos do art. 927, § 3º, do CPC/15 deve ser utilizada com parcimônia*, de forma excepcional e em hipóteses específicas, em que o entendimento superado tiver sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação nos jurisdicionados e, ainda, o exigir o interesse social envolvido. 6. O regime de transição do art. 23 da LINDB está em íntima conexão com o princípio da menor onerosidade da regularização, previsto no art. 21, parágrafo único, de referido diploma legal, segundo o qual não se pode impor aos sujeitos atingidos pela modificação de jurisprudência ônus ou perdas anormais ou excessivos. (grifo nosso) EDcl no Recurso Especial nº 1.630.659 - DF (2016/0263672-7) Relatora : Ministra Nancy Andrighi. 27/11/2018

Em sentido contrário, afirmando que a *regra é a retroatividade* e, portanto, o tema não poderia ser debatido em embargos de declaração – STJ, EDcl no REsp 1.285.463/SP e STJ, EDcl no EREsp 1.134.957/SP.

Mendes, em relação à modulação de efeitos há um “julgamento de modelo *bifásico*” dividido em fases autônomas e sequenciais - a contagem de votos é individual para cada questão. No mesmo processo, concordando ser este momento um julgamento *bifásico*, Luís Roberto Barroso ¹³⁰ afirmou ser juízos distintos e não dois juízos integrados.

Quanto ao *quórum*, a Lei 9.868/1999, art. 27 traz a necessidade de 2/3 dos seus membros para modulação dos efeitos. Para Luís Roberto Barroso (ADI 2.949) há possível inconstitucionalidade da exigência do *quórum* tendo em vista ser uma forma legal de ponderação. Essa exigência *não* consta no art. 927, §4º do Código de Processo Civil de 2015, motivos pela qual não se aplica, mas se entende necessário em qualquer caso o julgamento em modo *bifásico*.

O modelo *bifásico* fica mais evidente, inclusive, no art. 927, §4º do Código de Processo Civil de 2015 ao dispor que deve ser observada a fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. Ou seja, há necessidade de devida fundamentação analítica não apenas na necessidade de *overruling*, mas questão de eventual *modulação*.

Ainda sobre o *momento*, questionamos se poderia a modulação ser objeto de análise em processo posterior à superação do entendimento. A Suprema Corte dos EUA já fez isso em algumas situações.¹³¹ Para Ravi Peixoto, embora não ideal, pois os jurisdicionados terão dificuldade de identificar qual a eficácia temporal dos precedentes, essa técnica não pode ser negada.

Entendemos que se trata de matéria de *ordem pública*, comumente envolvendo temas importantes, devendo ser analisada no primeiro momento oportuno – em embargos de declaração ou até mesmo em processo posterior (mesmo não sendo isso desejável). Em processo posterior para, certamente, criar maior segurança jurídica e nos embargos de declaração por ser matéria possível de discussão nos termos do art. 1.022 parágrafo único, inciso II e art. 489, §1º do Código de Processo Civil de 2015.

Sobre o tema, entendemos *necessário sempre no julgamento haver o momento de definir eventual modulação*. Ou seja, mesmo não sendo a hipótese de modulação, deve a decisão desde logo fundamentar e debater esse tema, evitando, assim, insegurança jurídica posterior¹³². Caso assim não faça, seguindo a linha do

¹³⁰ADI 2.494, “Eu acho que são juízos diversos. O primeiro juízo é um juízo acerca da constitucionalidade ou não de determinada norma. E o segundo juízo é um juízo quase que político acerca da conveniência ou não de se modular os efeitos.” (...) “Assim, eu penso que são dois juízos distintos, e *não dois juízos integrados*.” (grifo nosso) Luís Roberto Barroso.

¹³¹NICOL, Andrew G. L. Prospective overruling: a new device for English courts. *The Modern Law Review*. September 1976, p. 544.

¹³²Sobre o tema e necessidade de segurança jurídica e *vinculação* da modulação: “em casos onde a alteração da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ deriva de adequação a julgado posterior proferido pelo Supremo Tribunal Federal - STF (*overruling* vertical) a

antes já dito, haverá “omissão indireta”, pois o órgão julgador deveria se manifestar a respeito, independentemente de qualquer tipo de prévio requerimento a respeito, diante do imperativo que pode ser extraído da legislação em vigor.

Por fim, há também uma significativa diferença entre *prospective overruling* e *signaling*, pois no primeiro caso se tem a real alteração imediata da mudança de entendimento e no *signaling*¹³³ a possível alteração futura.

4 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E EFEITO SUSPENSIVO

modulação de efeitos deve seguir a mesma solução dada também pelo STF, sob pena de permanecer a situação que se quer evitar de duplicidade de soluções judiciais para uma mesma questão, a fomentar insegurança jurídica (os Tribunais inferiores não saberão qual posicionamento seguir para o período), ineficiência da prestação jurisdicional (pois a parte prejudicada irá interpor recurso extraordinário/especial para afastar ou garantir a modulação) e desigualdade no tratamento dos jurisdicionados (pois o processo sofrerá solução diferente de acordo com o tribunal destinatário do recurso final). 3. *Ou seja, se o STF decidiu pela modulação, solução idêntica há que ser adotada pelo STJ. Se o STF decidiu pela impossibilidade de modulação, do mesmo modo a impossibilidade há que ser acatada pelo STJ. Nesse sentido, a própria decisão sobre a modulação (positiva ou negativa) vincula posto que também dotada de repercussão geral, tudo também com o escopo de se evitar a litigância temerária.* Mas se o STF simplesmente não se manifestou a respeito da modulação, resta a possibilidade de o STJ modular os efeitos de seu novo posicionamento, sendo que essa mesma modulação poderá ser objeto de recurso ao STF, a fim de que a jurisprudência das duas Cortes

Como já afirmamos, a regra, na hipótese de alteração de precedente qualificado é o efeito retroativo, podendo haver *modulação* dos efeitos (efeito prospectivo) diante da alteração fundamentada no interesse social e no da segurança jurídica (CPC, art. 927, §3º).¹³⁴

Assim, possível a modulação dos efeitos (de retroativo para prospectivo), bem como o embargos de declaração é peça recursal pertinente para essa finalidade de pedido. A possibilidade do embargos de declaração ser recebido com efeito suspensivo também encontra amparo no art. 1.026 do Código de Processo Civil. O parágrafo primeiro do referido artigo afirma,

Superiores seja ali uniformizada.” (grifo nosso) EDcl no Recurso Especial nº 1.551.640 - SC (2015/0198787-1) Relator : Ministro Mauro Campbell Marques. 23/08/2018.

Sobre o tema, FPPC – Enunciado 608: O acórdão que revisar ou superar a tese indicará os parâmetros temporais relativos à eficácia da decisão revisora.

Sobre o tema: “Decidir sobre a modulação é imprescindível toda vez que se altera uma orientação firme anterior” ALVIM, Teresa Arruda. O momento da modulação - (quase) mais relevante que a própria modulação. Migalhas. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/365629/o-momento-da-modulacao--quase-mais-relevante-que-a-modulacao>. Acesso em 21/12/2022.

¹³³ Ver sobre o tema em FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Sinalização ou julgamento-alerta para eventual superação de precedentes. *Conjur.* 2024.

¹³⁴ Não concordamos, como já afirmamos anteriormente, com o “FPPC – Enunciado 55: Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto.”

inclusive, que um dos fundamentos para o deferimento do efeito suspensivo é “se houver risco de dano grave ou de difícil reparação”.

O objetivo é evitar dano de difícil reparação, pois a não suspensão poderá autorizar o início de diversos cumprimentos de sentenças e baixas de processos suspensos nas Cortes Superiores sem, contudo, saber o efeito de possível modulação. Como já afirmado, o ideal é ocorrer o julgamento em momento bifásico no próprio julgamento de superação do precedente, julgado a necessidade de superação e posteriormente, na sequência, julgar a necessidade de modulação. Mas não sendo essa a hipótese, os embargos de declaração recebido com efeito suspensivo poderá evitar insegurança jurídica.

Note-se, de outra banda, que o efeito suspensivo nos embargos de declaração pode ser concedido a partir de um juízo de evidência, pois o § 1º do art. 1.026 do CPC prevê a possibilidade de tal medida se ficar “se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso”. Adaptando a regra legal para a hipótese aqui estudada, quando ficar evidenciado que se trata de situação que reclama a modulação, tal quadro deverá ser trazido de forma clara nos embargos de declaração, justificando a concessão de efeito suspensivo, mesmo que sem risco de dano demonstrado claramente.¹³⁵

Assim, o efeito suspensivo estará justificado pela própria necessidade de modulação no caso concreto, situação que será habitual quando se tratar de superação de precedente, tendo em vista que em tais casos na maioria dos casos terá que se desenhar regras de transição.

A peça-chave, portanto, para que os embargos de declaração sejam recebidos com efeito suspensivo volta-se muito mais a análise da necessidade de modulação do que propriamente ao risco de dano, muito embora a segunda situação possa se extrair maciçamente a partir da aferição da primeira.

Conclusão

É desejável a modulação de efeitos por questão de segurança jurídica, mas a regra é o efeito retroativo. Essa é uma conclusão importante, pois assim entendemos que é necessário ter o julgamento de forma *bifásica*, com o primeiro momento para julgar o mérito da possível superação (CPC, art. 927, §2º) e posteriormente, a modulação ou não (CPC, art. 927, §4º) do novo entendimento.

Mesmo não existindo modulação, o julgamento de maneira bifásica é prudente para evitar o silêncio da decisão na possível modulação. A omissão da decisão de superação sobre seus efeitos, causará insegurança sobre o alcance do novo entendimento firmado, o que não é desejável no ordenamento jurídico.

¹³⁵ Sobre a concessão de efeito suspensivo nos embargos de declaração com base no juízo de evidência, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Breves comentários ao novo Código de Processo*

Civil. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno. 3ª. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.540-2.541).

Uma conclusão similar importante é o recebimento dos embargos de declaração com efeito *suspensivo* para apurar eventual modulação de efeitos. Ou seja, não sendo de ofício o julgamento da modulação, a parte interessada poderá opor embargos de declaração com o objetivo de pedir efeito prospectivo (CPC, art. 927, §3º e §4º) do novo entendimento (superação). Esses embargos devem ser recebidos com efeito *suspensivo*.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Teresa Arruda. O momento da modulação - (quase) mais relevante que a própria modulação. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/365629/o-momento-da-modulacao--quase-mais-relevante-que-a-modulacao>. Acesso em 21/12/2022.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. Malheiros Editores. São Paulo, SP. 2011.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação*: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram jurisprudência dominante do STJ (art. 927, §3º, do novo CPC). In: *O novo processo civil brasileiro*: Temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor Jurista e Ministro Luiz Fux : volume II... - 2 ed – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 438 a 443.
- HARRIS, J. W.. Towards Principles of Overruling – When Should a Final Court of Appeal Second Guess? *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990.
- FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o sistema de precedentes: a necessária compreensão da ratio decidendi, da tese e do dispositivo do precedente. *Revista de Processo* | vol. 325/2022 | p. 379 - 407 | Mar / 2022.
- FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes*: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Editora Thoth, 2020.
- FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Sinalização ou julgamento-alerta para eventual superação de precedentes. *Conjur.* 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em 10/07/2024.
- FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Critérios para superação de precedentes: a busca de critérios não subjetivos para superar precedentes. *Fundamentos objetivos e o novo Processo Civil Brasileiro*. Organizadores Marco Félix Jobim e Rafael Caselli Pereira. Editora Thoth, Londrina, PR. 2021.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* - volume único / Daniel Amorim

- Assumpção Neves. – 10. ed.–
Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.
- LEDERMAN, Howard. Judicial overruling:
time for a new general rule.
Michigan Bar Journal, Michigan,
Setembro, 2004.
- MAZZEI, Rodrigo. *Embargos de
declaração: recurso de
saneamento com função
constitucional*. Londrina: Editora
Thoth, 2021.
- MAZZEI, Rodrigo. *Breves comentários ao
novo Código de Processo Civil*. In
WAMBIER, Teresa Arruda Alvim,
DIDIER JR, Fredie, TALAMINI,
Eduardo e DANTAS, Bruno. 3ª. ed.
São Paulo; Revista dos Tribunais,
2016, p. 2.540-2.541.
- MALAN, Pedro. *O passado é incerto*,
disponível em:
[https://blogs.oglobo.globo.com/mi
riam-leitao/post/o-passado-
incerto-565154.html](https://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/o-passado-incerto-565154.html) . Acesso em
03/07/2024.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia
temporal da revogação da
jurisprudência consolidada dos
tribunais superiores. *Revista de
Informação Legislativa*. Brasília
ano 48 n. 190 abr./jun. 2011.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. Da
persuasão à vinculação. *Revista
dos Tribunais*. 2016, p. 139;
MITIDIERO, Daniel. *Cortes
superiores e cortes supremas*: do
controle à interpretação, da
jurisprudência ao precedente; -- 3
ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo:
Editora Revista dos Tribunais,
2017.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte.
*Súmulas e precedentes
qualificados: técnicas de
formatação e aplicação* / São
Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- NICOL, Andrew G. L. Prospective
overruling: a new device for English
courts. *The Modern Law Review*.
September 1976.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do
precedente e modulação de
efeitos* 6.ª ed. / Ravi Peixoto –
Londrina, PR: Thoth, 2024.
- ROSITO, Francisco. *Teoria dos
precedentes judiciais*:
racionalidade da tutela
jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.
- ROGERS, Candler S. Perspectives on
prospective overruling. 36
*University of Missouri at Kansas
City Law Review*. 35, 1968.
- SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna;
CHAVES, Luciano Athayde. A
prospectividade da alteração da
jurisprudência como expressão do
constitucionalismo garantista:
uma análise expansiva do art. 927,
§ 3.º, do NCP. *Revista de
Processo* | vol. 259/2016 | p. 437 -
468 | Set / 2016.
- SHANNON, Bradley Scott. The
retroactive and prospective
application of judicial decisions.
26 *Harvard Journal of Law & Public
Policy*. 2003.
- T. C. M., Jr. The effect of overruling prior
judgments on constitutional
issues. *Virginia Law Review*, vol. 43,
nº 8, 1957.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros
de eficácia e critérios de
interpretação do precedente
judicial. In: *Direito jurisprudencial* /
Teresa Arruda Alvim Wambier,
coordenação. – São Paulo: Editora
Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.
Precedentes e evolução do direito.
In: Direito jurisprudencial / Teresa

Arruda Alvim Wambier,
coordenação. – São Paulo: Editora
Revista dos Tribunais, 2012.

O CABIMENTO DO IRDR NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO JULGADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR.¹³⁶

THE ADMISSIBILITY OF IRDR IN HIGHER COURTS: REFLECTIONS FROM A CASE JUDGED BY THE BRAZILIAN SUPERIOR MILITARY COURT

Camilo Zufelato

Advogado, Doutor em Processo Civil pela USP, Professor Titular da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. E-mail: camilo@usp.br

Fernando Antônio Oliveira

Advogado e Mestre pela USP – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. E-mail: fernando@foeadv.com.br

Victor Dantas de Maio Martinez

Advogado e Mestrando pela USP – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. E-mail: victordantas@usp.br

RESUMO: Desde o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015 criou-se uma expectativa sobre o posicionamento dos tribunais superiores acerca do cabimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas diretamente naquelas cortes. Conquanto não se tenha definido claramente por lei sobre tal (im)possibilidade e a doutrina divirja nesse tema, alguns tribunais passaram a se debruçar sobre o assunto, até que o Superior Tribunal Militar (STM) veio a julgar no mérito o seu primeiro IRDR (e o primeiro a ser admitido em um tribunal superior). Assim, o objetivo principal deste estudo foi, a partir da revisão bibliográfica e do estudo de caso, a análise do cabimento do IRDR nos tribunais de vértice à luz do processo

julgado pelo STM, considerando como a corte castrense examinou os requisitos de admissibilidade do incidente, segundo as características específicas daquele tribunal e seu respectivo ramo do direito, bem como o procedimento adotado para o deslinde do julgamento até a fixação da tese, considerando as diretrizes do próprio CPC. Além de um aprofundamento na discussão sobre o cabimento do IRDR nas cortes superiores, o estudo forneceu interessantes constatações sobre a realidade da litigância na justiça militar e do próprio STM, que ao mesmo tempo é uma corte de revisão e um tribunal de vértice para a Justiça Militar da União. A forma como os requisitos do artigo 976 do CPC foram analisados no caso estudado também demonstram que a

¹³⁶ Artigo recebido em 13/03/2024 e aprovado em 11/10/2024.

concepção sobre as demandas repetitivas pode assumir contextos diferentes de acordo com o ramo de justiça, como é o caso da Justiça Militar. Foi possível verificar a utilização do IRDR com finalidade de gerenciamento de demandas em sede de um tribunal superior, o qual não tem ao seu dispor a ferramenta dos recursos repetitivos. De qualquer modo, o estudo também nos leva a reflexões mais profundas sobre os princípios e fundamentos do IRDR e a sua real aplicabilidade para matérias estritamente de competência de cortes superiores, que muitas vezes não tangenciam as demandas repetitivas.

Palavras-chave: IRDR. Cabimento. Tribunais superiores. Justiça militar. Demandas repetitivas.

ABSTRACT: Since the beginning of the validity of the 2015's Code of Civil Procedure, there has been an expectation regarding the stance of higher courts on the admissibility of the Incident of Resolution of Repetitive Demands directly in those courts. Although it has not been clearly defined by law regarding such (im)possibility, and doctrine differs on this matter, some courts began to delve into the subject, until the Superior Military Court (STM) ruled on the merits of its first IRRD. Thus, the main objective of this study was, based on a literature review and a case study, to analyze the admissibility of the IRRD in higher courts in light of the case judged by the STM, considering how the military court examined the admissibility requirements of the incident, according to the specific characteristics of that court and its respective branch of law, as

well as the procedure adopted for the resolution of the judgment until the establishment of the thesis, considering the guidelines of the CPC itself. In addition to a deepening of the discussion on the admissibility of the IRRD in higher courts, the study provided interesting findings about the reality of litigation in military justice and the STM itself, which is both a reviewing court and a apex court for the Brazilian Federal Military Justice. The way the requirements of article 976 of the CPC were analyzed in the studied case also demonstrates that the conception of repetitive demands can take on different contexts according to the branch of justice, as is the case with military justice. It was possible to verify the use of the IRRD for the purpose of managing demands within a higher court, which does not have the tool of repetitive appeals at its disposal. In any case, the study also leads us to deeper reflections on the principles and foundations of the IRRD and its real applicability to matters strictly within the jurisdiction of higher courts, which often do not involve repetitive demands.

KEYWORDS: IRDR. Admissibility. Higher courts. Military justice. Repetitive claims.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC) trouxe, como uma das suas inovações mais significativas, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Este mecanismo desempenha um papel crucial na gestão de casos que envolvem questões

recorrentes e se alinha a outros instrumentos com decisões de caráter vinculativo, servindo como ferramenta para que os tribunais mantenham sua jurisprudência estável, íntegra e coerente.

O CPC não traz previsão expressa sobre a possibilidade de instauração do IRDR no âmbito dos tribunais superiores, ao passo que a posição absolutamente dominante é a de que o instituto foi pensado, essencialmente, para processamento e julgamento perante os tribunais ordinários, tanto é que o artigo 982, do CPC, cujo inciso I prevê a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado (aplicável aos Tribunais de Justiça) ou na região (aplicável aos Tribunais Regionais Federais).

Essa suspensão em caráter estadual ou regional não é compatível com a amplitude nacional inerente à jurisdição dos tribunais superiores. Sendo assim, se a lei prevê a suspensão em nível local, isso certamente é um indício de que o instituto foi desenhado para ser aplicado nessa esfera. Prova disso é o § 3º do próprio artigo 982 do CPC, o qual define a possibilidade de se atribuir efeitos nacionais à suspensão, desde que requerida ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário (Supremo Tribunal Federal – STF) ou especial (Superior Tribunal de Justiça – STJ), no nível hierárquico superior.

O segundo dispositivo que corrobora essa conclusão de que o IRDR não foi pensado para aplicação nas cortes superiores é o artigo 987 do CPC, que estabelece o cabimento de recurso

extraordinário ou especial contra a decisão de mérito do IRDR. A previsão de recursos aos tribunais superiores é mais uma indicação de que a apreciação originária, em regra, deveria ocorrer nas instâncias ordinárias de jurisdição. Ademais, no § 2º do dispositivo supra há uma nova atribuição de extensão dos efeitos da tese firmada em sede recursal pelo STF ou STJ no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Tais disposições, contudo, não vedam a possibilidade de um IRDR ser instaurado diretamente nos tribunais superiores. Nesse cenário, bastaria afirmar que, das disposições do CPC comentadas, afastando sua literalidade, não se aplicaria a suspensão de processos meramente estadual ou regional (evidentemente, ela seria nacional), e que o cabimento de recursos seria mais restrito (extraordinário contra acórdão do STJ, se for o caso; sendo irrekorível a decisão proferida pelo STF).

Embora o Código não vede e nada tenha disciplinado expressamente acerca da viabilidade (ou não) do IRDR nos tribunais superiores (tendo atribuído a eles a competência para julgar instituto jurídico semelhante, mas não idêntico, que são os recursos repetitivos), há cortes de vértice que se posicionaram pelo cabimento, inclusive tendo processado e julgado um incidente, como o caso do Superior Tribunal Militar (STM), que será objeto de análise deste trabalho.

Nesse sentido, partindo de uma metodologia teórica, por meio da revisão

bibliográfica ¹³⁷, combinada com o estudo de caso ¹³⁸ o presente artigo busca justamente explorar a abordagem dada à problemática do cabimento ou não do IRDR nos tribunais superiores, para investigar o único incidente com mérito julgado nesse âmbito de jurisdição – o processo cadastrado com o nº 7000425-51.2019.7.00.0000 no STM.

A seleção do caso decorre do fato de que este é o primeiro IRDR com mérito julgado por tribunal superior – inexistindo, no momento, outro caso semelhante. E, pensando nos elementos de estudo, a análise realizada compreenderá a descrição de elementos do contexto que envolve o caso, e do caso propriamente dito, adotando-se as movimentações processuais como unidades de análise.

Como componente mais amplo do contexto (em conjunto com as informações mais específicas, que serão apresentadas adiante, no decorrer da exposição do caso), a princípio convém ressaltar qual é a função do IRDR no ordenamento jurídico brasileiro, com base no estudo sobre seu regime normativo, sua origem e suas principais características.

Portanto, para atender ao objetivo elencado, o presente trabalho está estruturado em quatro tópicos, somados a esta introdução e às considerações finais. O primeiro tópico dedica-se ao papel do instituto jurídico sob exame, bem como dos requisitos

legais que autorizam a sua utilização. Adentrando efetivamente no caso estudado, o segundo tópico aborda a suscitação e as primeiras movimentações relacionadas ao IRDR julgado pela Justiça Militar da União. O terceiro tópico cuida do juízo de admissibilidade do incidente, bem como dos atos processuais subsequentes e anteriores ao juízo de mérito. Por fim, o quarto tópico descreve o julgamento meritório e pontua algumas consequências do resultado, precedendo as conclusões analíticas que encerram o artigo.

1 A FUNÇÃO DO IRDR E OS REQUISITOS PARA SUA INSTAURAÇÃO

Previsto a partir do artigo 976 do Código de Processo Civil, o IRDR tem cabimento sempre que houver, simultaneamente, nos termos dos incisos I e II, do dispositivo supra, “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

O CPC ainda traz outro requisito de natureza negativa, consistente na inexistência de afetação, pelos tribunais superiores, de “recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva” (artigo 976, §4º, do CPC).

Não obstante, tem-se consolidado o entendimento a respeito

¹³⁷ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 109.

¹³⁸ MACHADO, Maíra Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maíra Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 357-389.

de um quarto requisito – negativo – referente à existência de causa pendente no tribunal para o processamento do incidente, o que vem sendo referendado em vários tribunais e, inclusive, com pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, no bojo do Agravo em Recurso Especial nº 1.470.017/SP¹³⁹.

O IRDR surge a partir de uma tendência à criação de mecanismos voltados à padronização decisória, com o fito de combater a dispersão jurisprudencial, conforme a própria Exposição de Motivos do CPC/15 coloca como sendo a existência de “posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica”, o que levaria a “que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes”¹⁴⁰.

Nesse contexto, o IRDR, em conjunto com os recursos repetitivos já estabelecidos antes do CPC/15, teria o potencial de oferecer um tratamento mais equitativo aos casos repetitivos, acelerar o andamento dos processos e, como resultado, reduzir a carga sobre o sistema judicial, inclusive com o benefício da celeridade, resultando em mais tempo disponível para o exame dos

casos pontuais de maior complexidade¹⁴¹.

A doutrina aponta, ainda, que o instituto se insere na lógica eficientista que o Código de Processo Civil de 2015 tenta imprimir à prestação jurisdicional, apostando nos mecanismos de uniformização da jurisprudência como meio de reduzir a quantidade de processos que chegam ao Poder Judiciário¹⁴². Assim, apesar do efeito de buscar isonomia, celeridade e economia, o objetivo principal da criação do IRDR não estaria imediatamente ligado à tentativa de promover o ideal de acesso à justiça.

O procedimento do IRDR passa pela instauração e duas fases de julgamento. A primeira fase, conforme estipulado no artigo 981 do CPC, diz respeito ao juízo de admissibilidade do IRDR. Nessa etapa, são analisados os requisitos estabelecidos no artigo 976 do CPC, aos quais se somam as providências descritas no artigo 982 do CPC. Após, segue-se uma etapa de preparação do julgamento de mérito, com o propósito de instruir o incidente, de acordo com o que prevê o artigo 983 do CPC. Por fim, há efetivamente o julgamento do mérito do IRDR, conforme estabelecido no artigo 984 do CPC, com a formulação de uma ou mais teses

¹³⁹ Agravo em Recurso Especial nº 1.470.017/SP, Min. Relator Francisco Falcão, Segunda Turma, acórdão publicado em 18/10/2019.

¹⁴⁰ BRASIL, Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 11.

¹⁴¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva: a luta contra*

a dispersão jurisprudencial excessiva. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 71-72.

¹⁴² ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Acesso à justiça e direito processual*. Curitiba: Juruá, 2022.

jurídicas com eficácia vinculativa, nos termos do artigo 985 do CPC.

As teses fixadas no IRDR têm aplicação em processos pendentes e futuros que envolvam a mesma questão de direito decidida no incidente – o que “não parte da absoluta descon sideração de circunstâncias fáticas” ¹⁴³. Logo, conhecer as situações concretas que embasaram a apreciação do paradigma é inclusive uma tarefa pertinente para viabilizar a sua adequada utilização. Ademais, os precedentes firmados em sede de IRDR se enquadram no rol de decisões que possuem caráter vinculativo para os tribunais e juízes, nos termos do artigo 927 do CPC, o que corrobora a importância do instituto.

A possibilidade de instauração do IRDR diretamente nos tribunais superiores, embora não tenha sido objeto de vedação expressa pelos dispositivos que regulamentam o instituto, suscita diversas reflexões relevantes sobre a função e a utilidade do incidente. O caso instaurado no STM que será analisado é extremamente emblemático, e seu estudo oferece uma visão bastante peculiar sobre a temática, bem como sobre as possibilidades de desdobramentos futuros, em outros tribunais superiores. Assim, convém analisar em detalhes como se deu o processamento desse caso.

2 SUSCITAÇÃO DO IRDR NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

O Superior Tribunal Militar deparou-se pela primeira (e única) vez com a figura do IRDR no âmbito do Recurso em Sentido Estrito (RESE) nº 7000144-95.2019.7.00.0000, interposto na Ação Penal Militar (APM) 7000050-64.2018.7.03.0303. Até então, a Corte Castrense sequer possuía disposições regimentais que disciplinassem a tramitação do incidente.

Não obstante, o Ministério Público Militar (MPM) suscitou o incidente de resolução de demandas repetitivas, que foi cadastrado no sistema processual como Petição Criminal nº 7000425-51.2019.7.00.0000. O cadastramento já apresenta uma informação interessante, na medida em que não foi utilizada a classe processual nº 12085 (“Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”), das Tabelas Processuais Unificadas (TPUs) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criadas pela Resolução nº 46/2007 do CNJ.

Conferindo o detalhamento das TPUs, mesmo em 2023, é possível observar que a classe processual do IRDR não consta como aplicável ao STM – estando presente no STF, no STJ, no TST e no 2º grau da Justiça Estadual, da Justiça Estadual Militar, da Justiça do Trabalho; e ausente no 2º grau da Justiça Eleitoral e no Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Isso está ilustrado na Figura 1, ao fim do texto

Como fundamentos para o processamento, o MPM mencionou os artigos do CPC que regulamentam o

¹⁴³ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 73.

instituto, além do inciso XIII do artigo 4º do Regimento Interno do STM então vigente, que previa a competência do Plenário para “decidir sobre proposta ou pedido de uniformização de sua jurisprudência”¹⁴⁴.

A suscitação é datada de 30 de abril de 2019 e foi distribuída no mesmo dia. Na petição, o Ministério Público defende sua legitimidade, referenciando expressamente o inciso III do artigo 977 do CPC, que garante a possibilidade de instauração do IRDR por petição do Ministério Público ou da Defensoria Pública. A peça ministerial cita, inclusive, a explicação trazida por Elpídio Donizetti, no sentido de que a Ministério Público, quando não atuar como requerente do incidente, atuará de forma obrigatória como *custos legis*¹⁴⁵.

Todavia, é preciso ressaltar que, na Ação Penal Militar e no Recurso em Sentido Estrito da origem, na realidade o Ministério Público Militar atuou como *parte*, e não propriamente como fiscal da ordem jurídica. Sendo assim, a rigor, a justificativa para a legitimidade não decorre diretamente do interesse público, mas sim do próprio interesse subjetivo de receber tratamento isonômico e de garantir a segurança jurídica, como aponta Elpídio Donizetti¹⁴⁶, ao afirmar que essa seria a pretensão que constitui a essência do interesse da parte na provocação.

Após defender sua legitimidade, o MPM sustenta o cabimento da instauração de IRDR em matéria penal, a

despeito da criação do instituto ter ocorrido pela previsão normativa no Código de Processo Civil. Para tanto, menciona IRDRs de outros tribunais, da justiça comum, que julgaram questões criminais, de direito material ou processual.

Sobre essa possibilidade, há algum tempo a questão parece ser relativamente pacífica, existindo diversos exemplos de casos julgados em variados tribunais.

De fato, no Tribunal de Justiça do Acre há um incidente instaurado a partir do processo nº 1000892-29.2016.8.01.0000, de relatoria do Des. Laudivon Nogueira, que embora inadmitido em 28 de setembro de 2016, fixou entendimento sobre a possibilidade de o IRDR avançar sobre matéria penal.

Na própria doutrina especializada se colhe a defesa da aplicação do IRDR em matéria criminal. Apenas a título de exemplificação, registra-se que tal posicionamento é defendido por Renato Brasileiro de Lima, segundo o qual não haveria nenhum impedimento para a utilização do instituto no processo penal¹⁴⁷; Hermes Zaneti Jr. e Pedro Ivo de Sousa inclusive sustentam que o IRDR, por ser uma técnica de gestão da litigiosidade repetitiva, poderia operar efeitos *in malam partem* para os processos em tramitação (e não apenas para casos futuros, como argumentam que deveria ser a situação de outros precedentes)¹⁴⁸.

¹⁴⁴ SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. *Regimento interno e súmulas*. 15. ed. Brasília: STM, 2019, p. 19.

¹⁴⁵ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1401.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 1401.

¹⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 106.

¹⁴⁸ ZANETI JUNIOR, Hermes; SOUSA, Pedro Ivo de. Precedentes normativos formalmente

Na sequência do processo em análise, o *Parquet* militar defende a competência do STM para processar e julgar o incidente. O MPM reconhece que a Corte Militar não previu o instituto em seu Regimento Interno, mas a despeito de tal constatação, argumenta que sua natureza híbrida, de tribunal superior com competência recursal de segundo grau, justificaria a admissão do IRDR, pelo consequente paridade entre o STM e os Tribunais de Justiça estaduais e aos Tribunais Regionais Federais, na inexistência de Tribunais Regionais Militares.

Ainda nesse tópico, o Ministério Público reforça a analogia entre o cabimento do IRDR e a previsão regimental que autoriza o STM a decidir sobre pedidos de uniformização de jurisprudência. A interpretação por analogia encontraria respaldo no artigo 978 do CPC, que atribuiu o julgamento do incidente ao órgão indicado no regimento interno, dentre os que são responsáveis por uniformizar a jurisprudência no tribunal.

Interessante observar que a ausência de norma regimental expressa foi suprida posteriormente pelo STM, em 11 de setembro de 2019 (portanto, menos de cinco meses após a suscitação, porém após ter sido proferida decisão sobre a admissibilidade do IRDR nº 7000425-51.2019.7.00.0000), com a edição da

Emenda Regimental nº 35/2019. Essa emenda inseriu diversas disposições relacionadas ao processamento e ao julgamento de IRDRs pelo Superior Tribunal Militar, dentre outras modificações no Regimento Interno (RI-STM).

Um aspecto relevante que decorre da análise do RI-STM é o fato de que, mesmo após a emenda, inexistente competência regimental para que a Corte Militar julgue recursos repetitivos. Admitindo-se que há litigiosidade repetitiva na Justiça Militar (haja vista a instauração de um IRDR), e que o STM é um tribunal superior, é de se indagar por que a figura dos recursos repetitivos não foi instituída na seara castrense, embora o IRDR tenha sido.

É possível que o instituto dos recursos repetitivos não foi criado no âmbito do STM em razão da ausência de recursos excepcionais na Justiça Militar da União. A competência recursal do Superior Tribunal Militar é essencialmente ordinária, de modo que o tribunal julga apelações e recursos contra decisões da primeira instância militar.

Inclusive, pela peculiar estrutura da Justiça Militar da União, em que não haveria tribunais de segunda instância, há quem defenda o posicionamento de que nem mesmo haveria cabimento do IRDR na Justiça Militar¹⁴⁹.

vinculantes em âmbito penal e sua dupla função: pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Marcia Haydée Porto de; CHAI, Cassius Guimarães (org.). *Passado, presente e futuro do Ministério Público brasileiro: 50 anos*

da Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão – AMPEM. São Luís: EDUFMA, 2021. p. 159-178.

¹⁴⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo*

Dado o significativo potencial de uniformização da jurisprudência em etapa recursal, em sede de revisão de discussões já maturadas pelo duplo grau de jurisdição nas instâncias ordinárias, os recursos repetitivos parecem revestir-se de certa excepcionalidade – existindo, atualmente, apenas no Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal Superior do Trabalho

Talvez não por acaso, esses são os três únicos tribunais superiores atualmente mencionados no artigo 92 da Constituição Federal, após a redação dada pela Emenda Constitucional nº 92/2016. Se antes da difusão infraconstitucional o instituto jurídico da reclamação era considerado um marcador de superposição dos tribunais¹⁵⁰, agora surge a possibilidade de que os recursos repetitivos sejam o atual marcador de superposição no Poder Judiciário brasileiro. Apenas o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior Eleitoral não teriam a possibilidade de uniformizar jurisprudência a partir da competência recursal extraordinária – embora exista uma proposição normativa em tramitação para criar o Recurso Especial Eleitoral Repetitivo (Projeto de Lei Complementar nº 112/2021).

Essa digressão sobre eventual autuação do feito como recurso repetitivo sequer foi cogitada no âmbito do IRDR suscitado na Justiça Militar. Em

síntese, a argumentação sobre a competência do STM para apreciar a suscitação se baseou praticamente em duas dimensões: (i) na natureza híbrida do tribunal militar, que atua como órgão superior e de segundo grau (com destaque para esta última característica); e (ii) na aplicação supletiva do CPC, apesar de se tratar de matéria criminal e de não existir previsão regimental.

Com relação à primeira dimensão, caso se reconhecesse que o IRDR é passível de ser instaurado em qualquer tribunal, inclusive os tribunais superiores, não haveria necessidade de reforçar a dupla competência do STM, enquanto tribunal recursal ordinário e de corte de vértice.

Curiosamente, no mesmo ano da suscitação do IRDR no STM em comento, em 07 de agosto de 2019, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) formou um precedente a respeito do cabimento da instauração de IRDRs diretamente no tribunal superior.

Trata-se da decisão firmada no Agravo Interno na Petição nº 11.838/MS, sob relatoria da Ministra Laurita Vaz, e após votação por maioria, prevaleceu o voto do Ministro João Otávio de Noronha, redator para o acórdão, o qual reconheceu a competência do STJ para apreciar IRDRs, porém somente nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária¹⁵¹.

instituto processual. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2017, p. 138.

¹⁵⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁵¹ Esse posicionamento já havia sido incluído no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em 24 de novembro de 2017. O artigo 305 do Regimento Interno previa o cabimento de IRDR diretamente no TST, quanto

Tal entendimento foi assentado após o julgamento de admissibilidade do IRDR na Justiça Militar da União, o que impediu que o precedente do STJ fosse considerado no exame. No entanto, tendo em vista a competência recursal ordinária do STM, é certo que o entendimento fixado no precedente do STJ permitiria a instauração do instituto na Corte Castrense.

Quanto à segunda dimensão argumentativa da suscitação, a aplicação supletiva do CPC tem sido admitida, conforme referências jurisprudenciais e doutrinárias acima colocadas, embora o artigo 15 do Código de Processo Civil a preveja apenas na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas e administrativos.

Feita a discussão a respeito da competência do STM para apreciar IRDRs, a petição do MPM passa a discorrer sobre a presença dos pressupostos de instauração do instituto, previstos no artigo 976 do CPC: a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

De acordo com o órgão, a controvérsia jurídica seria exclusivamente de matéria de direito, por envolver a discussão sobre a competência para julgamento de crimes militares praticados por ex-militares – sujeitos que se tornaram civis após a prática do delito. Trata-se de interpretação sobre o inciso I-B do artigo 30 da Lei nº 8.457/1992 (Lei de Organização da Justiça Militar), incluído pela Lei nº 13.774/2018.

A respeito da efetiva repetição, o Ministério Público juntou um anexo contendo 27 (vinte e sete) demandas em que aquela controvérsia teria surgido (Recursos em Sentido Estrito, Recursos Inominados, Apelações e Habeas Corpus).

Sobre o risco à isonomia e à segurança jurídica, a petição traz algumas decisões que divergem dos paradigmas arrolados no anexo – uma delas inclusive do STM. O requerimento encerra-se com o raciocínio de que, sem a uniformização sobre a definição da competência, casos semelhantes receberão tratamento diverso, sendo alguns casos julgados monocraticamente pelo juiz federal da Justiça Militar e outros pelo escabinato¹⁵² – o colegiado que conjuga

às causas de sua competência originária e recursal ordinária. Por outro lado, no Projeto de Lei Complementar nº 112/2021, que cria o IRDR no âmbito da Justiça Eleitoral, as hipóteses de cabimento não são restritas à competência originária e recursal ordinária, havendo possível sobreposição entre o IRDR eleitoral e o Recurso Especial Eleitoral Repetitivo – embora o cabimento do IRDR pareça estar ainda mais direcionado (ao menos expressamente) aos Tribunais Regionais Eleitorais, sem menção direta ao TSE.

¹⁵² De certa forma, o escabinato se assemelha ao tribunal do júri, com a diferença de que no júri o foco é a consciência e o bom senso dos jurados, enquanto no Conselho de Justiça é preciso observar a lei e as provas acostadas aos autos. Sobre o tema: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Militar comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Ademais, Fernando José Armando Ribeiro, que foi vice-presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, defende que o escabinato é imprescindível para a efetivação do acesso à

um juiz togado e os juízes militares (juízes leigos, oficiais), aliando a experiência dos comandantes que chegaram ao topo das carreiras com o conhecimento dos magistrados de carreira, buscando uma aplicação mais justa e humanizada do direito militar¹⁵³.

Depois de sustentar o preenchimento dos requisitos para a instauração do IRDR, o suscitante passa a apresentar seus argumentos relacionados ao mérito da controvérsia. O *parquet* militar se posiciona no sentido de que cabe ao escabinato julgar ex-militares, desde que ainda fossem militares quando cometido o crime.

Para embasar o argumento de que o momento do cometimento do delito é determinante para a fixação da competência, o MPM inclusive menciona a justificativa de encaminhamento do Projeto de Lei nº 7.683/2014, que resultou na Lei nº 13.774/2018, e cuja autoria é do próprio Superior Tribunal Militar.

Essa informação auxilia a compreender, sob um prisma político no contexto do caso, mais uma razão para a existência do IRDR em questão: o STM teria a chance de tornar vinculante a interpretação sobre uma norma inicialmente idealizada e redigida pelo próprio STM. É uma situação não usual na qual o “espírito da lei” pode se corporificar em um caso concreto, a

partir de decisão do “legislador” de fato, acrescido do efeito de tornar obrigatória a observância da razão de decidir, substituindo as poucas linhas do dispositivo normativo em questão por algumas dezenas de páginas do acórdão a ser proferido.

Por derradeiro, o Ministério Público Militar aduz dois pedidos na petição de suscitação: a suspensão da causa pendente e dos demais feitos que envolvam a mesma temática; e o acolhimento do IRDR, fixando-se a tese nos termos defendidos.

Provocada a jurisdição, o Superior Tribunal Militar viu-se obrigado a lidar com a situação inédita de ter de processar um incidente de resolução de demandas repetitivas. Os atos que se seguiram são fundamentais para compreender o potencial e a utilidade do instituto para a Justiça Militar.

3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E POSTERIORES PROVIDÊNCIAS

No mesmo dia do protocolo da suscitação, a petição foi distribuída, por sorteio, à relatoria do Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, que é um magistrado civil togado, previamente membro do Ministério Público Militar. Não foi objeto de discussão eventual prevenção do Ministro Odilson Sampaio

justiça, na medida em que a combinação da vivência profissional dos magistrados militares com a formação técnico-jurídica dos julgadores togados tornaria as decisões mais justas. Nesse sentido: RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça Militar, escabinato e acesso à Justiça

justa. *Revista Amagis Jurídica*, n. 9, p. 73-94, ago. 2019, p. 90.

¹⁵³ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A Justiça Militar da União na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 179, p. 385-395, jul./set. 2008.

Benzi, militar do Exército¹⁵⁴ e relator da causa pendente (o RESE nº 7000144-95.2019.7.00.0000) – o que é justificável em vista da ausência de previsões regimentais a respeito do processamento de IRDRs no STM¹⁵⁵.

De todo modo, depois de transcorridos apenas 8 (oito) dias da suscitação do IRDR, foi apresentado o relatório e o feito foi encaminhado ao Plenário para julgamento. Ainda na mesma data, foi proferido despacho pelo relator determinando que a serventia informasse, com urgência, o quantitativo e a relação de processos em trâmite na Justiça Militar da União envolvendo o tema, a fim de subsidiar uma decisão sobre a suspensão dos processos e o próprio exame de admissibilidade do IRDR.

No dia seguinte, em 09 de maio de 2019, o feito foi pautado para julgamento da admissibilidade, em sessão a ocorrer em 16 de maio de 2019 (portanto, já na semana posterior). Depois, no dia 10 de maio de 2019, foi certificada a impossibilidade de atender à determinação, por limitações no sistema processual. Constatou, ainda, a informação de que havia 5.394 (cinco mil trezentos e noventa e quatro)

processos em curso na Justiça Militar da União, dos quais 525 (quinhentos e vinte e cinco) estavam em andamento no STM e 4.869 (quatro mil, oitocentos e sessenta e nove) nas Auditorias.

Em face da resposta da serventia, o relator expediu ofício ao Ministro-Corregedor da Justiça Militar da União, a fim de que determinasse às Auditorias que elas mesmas apresentassem os dados solicitados, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Enquanto as informações não foram juntadas, o Procurador-Geral de Justiça Militar Jaime de Cássio Miranda, responsável por suscitar o IRDR, requereu preferência no julgamento e a possibilidade de sustentar oralmente suas razões. Antes de que o pedido fosse analisado, porém, houve nova petição do Procurador-Geral, requerendo sua desconsideração, com a qual anuiu o Ministro-Presidente.

Na data de 14 de maio de 2019, o Coordenador de Processamento Judiciário do STM certificou que, após a publicação da Lei nº 13.774/2018, foram autuados e distribuídos 469 (quatrocentos e sessenta e nove) processos na Corte Castrense, dos quais 91 (noventa e um) envolviam a

¹⁵⁴ Fernando Pessôa da Silveira Mello argumenta que a relatoria dos IRDRs na Justiça Militar deveria ser restrita aos ministros togados civis, considerando que o julgamento de questões “unicamente de direito” exigiriam conhecimento técnico-jurídico e prescindiriam dos saberes específicos da caserna, característicos dos juizes militares do escabinato. MELLO, Fernando Pessôa da Silveira. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e o Superior Tribunal Militar: um estudo sobre a estabilidade, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais militares*. Dissertação

(Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2020.

¹⁵⁵ A título de exemplo, compara-se o caso com o IRDR nº 0043940-25.2017.8.26.0000, instaurado perante o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). O incidente foi suscitado pelo Desembargador Paulo Roberto Grava Brazil, que era o relator de apelações na causa pendente. Por essa razão, e com fundamento no Regimento Interno do TJSP, o Presidente da Seção de Direito Privado determinou a distribuição do IRDR instaurado à relatoria do próprio Desembargador Grava Brazil.

controvérsia em análise. No dia da sessão de julgamento, foram certificadas as informações prestadas pelas Auditorias, tendo sido listados, no total, 490 (quatrocentos e noventa) processos em primeira instância relacionados com o tema. Um dia após o julgamento, foi enviada comunicação ao juízo de origem da causa pendente, no primeiro grau, informando a admissão do IRDR e a suspensão exclusivamente da Ação Penal Militar e do RESE, mantendo-se a tramitação dos demais casos.

A celeridade com que todos esses atos processuais foram praticados, desde a suscitação até o julgamento da admissibilidade, revelam uma intensa preocupação do STM em examinar o cabimento da instauração de IRDRs sob sua competência. Reforça essa compreensão o fato já mencionado de que, poucos meses depois, houve a modificação do Regimento Interno para garantir a possibilidade de processamento do instituto.

Os motivos que explicam o rápido esforço do STM não foram expressamente declarados. Não obstante, presumindo-se corretas as informações até então acostadas, a

existência de 490 (quatrocentos e noventa) processos em primeiro grau envolvendo a controvérsia, dentre 4.869 (quatro mil, oitocentos e sessenta e nove) processos em trâmite nas Auditorias, revela que aproximadamente 10% (dez por cento) do estoque da Justiça Militar da União poderia ser impactado com o julgamento do IRDR. Apesar de os números absolutos não parecerem tão elevados, o percentual demonstra que eles se alinham, com efeito, a uma ideia de efetiva repetição – ao menos para o contexto da Justiça Militar.

Segundo dados do Justiça em Números de 2023¹⁵⁶, que não trazem informações sobre o STF, em números relativos o STM é o tribunal superior com os menores índices de produtividade (51 processos baixados por magistrado no ano; e 3 baixados por servidor)¹⁵⁷, enquanto apresenta o maior custo médio mensal com magistrados (R\$ 77.964,00) e com servidores (R\$ 32.789,00).

A baixa produtividade e o alto custo¹⁵⁸, em comparação com os outros tribunais¹⁵⁹, embora possam ter diversas explicações (inclusive calcadas nas particularidades da Justiça Militar),

¹⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2023*. Brasília: CNJ, 2023.

¹⁵⁷ Os números ficam próximos aos do TSE, com 309 processos baixados por magistrado e 27 por servidor; mas extremamente distantes do STJ (12.009 por magistrado e 231 por servidor) e do TST (10.861 por magistrado e 229 por servidor).

¹⁵⁸ Sem prejuízo das considerações realizadas, convém ressaltar que existem indicadores positivos, como a taxa de congestionamento e o tempo de giro do acervo, ambos abaixo da média dos tribunais superiores; e um índice de atendimento à demanda acima da média. Aferir

a real eficiência do STM é uma tarefa que exigiria uma investigação própria e a comparação de diversos dados, não restritos aos disponíveis no Justiça em Números, o que não se objetiva neste trabalho.

¹⁵⁹ Oportuno mencionar que o quadro em 2023 não é idêntico ao de 2019, ano de instauração do IRDR, mas em termos gerais os indicadores do STM são suficientemente próximos aos atuais – especialmente os de produtividade. Para a comparação: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020.

certamente pressionam o STM no sentido de buscar maior eficiência na prestação jurisdicional. Na tônica efficientista que norteia a criação do IRDR pelo Código de Processo Civil de 2015, o instrumento pode ter sido visto como uma forma de melhorar a produtividade do tribunal e diminuir a carga de trabalho sobre os magistrados – o que poderia ajudar a explicar o esforço no processamento do primeiro incidente.

Todavia, essa explicação não justifica o tempo levado para que ocorresse a instauração do primeiro incidente (que foi apenas em 2019, em que pese a criação do instituto em 2015), por provocação do MPM, e nem a ausência de novos IRDRs instaurados após o inicial. Oportuno lembrar que, apesar do princípio da inércia da jurisdição, havendo uma causa pendente a suscitação pode ocorrer de ofício – então se o STM efetivamente quisesse ter selecionado e julgado mais paradigmas, seguramente já poderia ter feito.

Pode ser que a controvérsia em análise realmente era uma das principais questões de efetiva repetição, cuja resolução seria extremamente útil à Justiça Militar da União, mas é preciso sopesar duas considerações que mitigam tal aspecto como efeito potencializador da celeridade do Superior Tribunal Militar no caso: a primeira, que a quantidade reportada de casos na primeira instância não reflete a quantidade de demandas efetivamente submetidas ao STM, pois nem sempre há a interposição de recursos; e a segunda, que da definição da competência (do juiz federal ou do

escabinato) não resultará o encerramento das demandas repetitivas, visto que essa é uma discussão acessória/procedimental, e não afeta o mérito das causas em primeiro grau (as quais inclusive ainda poderão ser levadas ao STM pela via recursal, questionando-se o mérito ou outras questões processuais).

Nesse contexto, mesmo com a definição de uma tese no IRDR, é possível que nem o STM e nem as Auditorias tenham observado uma redução no número de processos ou de recursos, o que por sua vez não traria impactos substanciais na produtividade. Essa hipótese inclusive poderia explicar a razão de não terem ocorrido novas instaurações.

Independentemente dessa discussão, é certo que o IRDR nº 1 do STM tramitou de forma bastante célere, ao menos da suscitação ao exame de admissibilidade. No julgamento, o incidente foi admitido por maioria, tendo divergido apenas o Ministro José Coêlho Ferreira, magistrado civil togado, advindo da advocacia.

Ao declarar seu voto divergente, o Ministro expôs que, apesar da omissão normativa, seria defensável a aplicação do instituto do IRDR no Superior Tribunal Militar. Contudo, apreciando especificamente a suscitação, entendeu que não estariam presentes os requisitos simultâneos do artigo 976 do CPC, reconhecendo a ausência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O magistrado dissidente afirma que, se há controvérsia decorrente da Lei nº 13.774/2018, ainda não haveria tempo suficiente para verificar a

maturidade das interpretações. O ministro argumenta que a norma vigeu por apenas 5 (cinco) meses e a admissão do IRDR teria acontecido *imediatamente* (a palavra está destacada em negrito no voto). Ele pondera, ainda, que a pressa demonstrada tanto pelo requerente quanto pelo Tribunal seria “incompreensível”, além de que ela contrariaria a perenidade do direito.

Além da falta de maturidade da questão, o Ministro José Coêlho Ferreira entendeu, ainda, que inexistiria risco real à isonomia e à segurança jurídica na existência de interpretações divergentes entre o MPM e magistrados da primeira instância, cabendo ao STM atuar normalmente como revisor em sua competência recursal ordinária. Por fim, afirma que o mero potencial de multiplicação de ações não é suficiente para autorizar a instauração do IRDR.

Contudo, essa compreensão não prevaleceu, e por 14 (quatorze) votos contra 1 (um) o STM admitiu a instauração do incidente, nos termos do voto do relator. Em sua fundamentação, o Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz reforçou o pleno cabimento do incidente em matéria penal e processual penal, comum ou militar, a despeito de sua essência procedimental civilista; e dedicou alguns parágrafos a justificar a competência do STM para apreciar o instituto.

Reconhecendo que o intuito do IRDR era uniformizar a jurisprudência

dos tribunais de segunda instância, o voto menciona que não haveria qualquer empecilho para o ajuizamento do incidente diretamente nos tribunais superiores, citando Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁶⁰:

Não há nada que impeça a instauração de IRDR em tribunal superior. É bem verdade que, no STJ, há o recurso especial repetitivo e, no STF, há o recurso extraordinário repetitivo e o recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, mas é possível haver IRDR em causas originárias e em outros tipos de recursos no âmbito dos tribunais superiores. O IRDR é cabível em tribunal superior.

Não há nada, absolutamente nada, no texto normativo, que impeça o IRDR em tribunal superior. Aliás, durante a tramitação legislativa do projeto de lei que deu origem ao CPC-2015 a versão final aprovada pela Câmara dos Deputados continha um parágrafo no art. 978 que dizia expressamente que o IRDR só era cabível em tribunal de justiça e em tribunal regional federal. Na versão final, não há essa restrição. O CPC foi aprovado, enfim, sem qualquer restrição quanto ao cabimento do IRDR.

¹⁶⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela*

nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 630-631.

Posição diversa é a adotada por Júlio César Rossi e Luís Gustavo Reis Mundim, segundo os quais o IRDR não deveria ser cabível nas ações originárias ou recursal-revisionais ordinárias do STF e do STJ, por falta de previsão constitucional expressa¹⁶¹. De acordo com essa concepção, os tribunais superiores somente poderiam lidar com as demandas repetitivas por meio dos recursos repetitivos, que representariam uma técnica de procedimentalidade para as espécies recursais definidas constitucionalmente.

Na sequência do caso em estudo, em harmonia com a suscitação, o relator pondera que, embora a Constituição Federal preveja a existência de tribunais militares, estes não foram criados pela legislação ordinária, o que faria com que o STM acumulasse as funções de corte de cúpula e órgão recursal ordinário. Com isso, a figura do IRDR seria compatível com suas “necessidades orgânicas e institucionais”.

Sobre o órgão julgador, considerando que o CPC faz alusão à determinação pelo regimento interno, o relator sopesou que o Plenário do STM é o único órgão colegiado com competência jurisdicional. Ademais, divergindo da suscitação no que tange à aplicação do inciso XIII do artigo 4º do Regimento Interno do STM (competência

do Plenário para apreciar pedidos de uniformização de jurisprudência), o relator afirmou que a competência estaria contida no inciso II, alínea “d”, do artigo 4º, que atribuiu ao Plenário o julgamento dos “incidentes processuais previstos em lei”¹⁶².

Sendo o IRDR um incidente previsto na legislação processual civil, cabível no processo penal, essa norma regimental foi entendida como apta para embasar a competência do STM, mesmo que ainda não houvesse a previsão expressa do processamento de IRDRs.

Ingressando no exame do caso concreto, o relator entendeu que ficou caracterizada a efetiva repetição da controvérsia, mencionando a lista anexa com os 27 (vinte e sete) processos em trâmite perante o STM, os quais em sua maioria impugnavam decisões de primeiro grau contrárias a precedentes da Corte Castrense¹⁶³.

No que concerne ao risco à isonomia e à segurança jurídica, avaliou que, qualquer que fosse o resultado do exame de mérito do IRDR, a pacificação da competência garantiria a isonomia, na medida em que todos os jurisdicionados estariam submetidos a um mesmo tipo de órgão julgador. Também estaria protegida a segurança jurídica, pela razão de que o órgão julgador seria conhecido desde o

¹⁶¹ ROSSI, Júlio César; MUNDIM, Luís Gustavo Reis. Do (des)cabimento do IRDR em ações de competência originárias e recursais ordinárias no STF e no STJ. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, a. 16, v. 23, n. 1, p. 678-694, 2022, p. 690.

¹⁶² SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, *op. cit.*, p. 17.

¹⁶³ Enquanto a multiplicidade de “recursos” é um dos requisitos para a afetação de recursos

repetitivos, o pressuposto do IRDR é a efetiva repetição de “processos” – os quais não excluem recursos, mas incluem também os de primeiro grau. Não obstante, é provável que o relator não tenha mencionado os processos em primeira instância devido à certificação sobre tal informação ter ocorrido na mesma data da sessão de julgamento.

momento da prática delitiva, o que poderia não ser verdade caso a primeira instância pudesse proferir decisões divergentes a respeito do órgão competente.

O voto menciona expressamente a necessidade de conferir efeito vinculante a tal interpretação, para evitar que a liberdade de apreciação resulte em um fluxo contínuo de demandas ao STM, a serem resolvidas pontual e especificamente. Menciona-se, como consequência negativa, um possível retardamento da apreciação do mérito, capaz de gerar a prescrição da pretensão punitiva em certas hipóteses.

Atendidos os requisitos, na interpretação da maioria do Superior Tribunal Militar no julgamento do caso, foi admitido o IRDR suscitado pelo Ministério Público Militar. Em 29 de maio de 2019, no mesmo dia da publicação do acórdão, o relator determinou a notificação dos juízos das 19 Auditorias das 12 Circunscrições Judiciárias Militares, para que prestassem informações; a intimação das partes da causa pendente, para que se manifestassem; e a expedição de ofício ao Ministério da Defesa, ao Comando do Exército, ao Comando da Marinha, ao Comando da Aeronáutica, à Advocacia-Geral da União (AGU), à Defensoria Pública da União (DPU) e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CF-OAB), a serem ouvidos como interessados.

Diversos juízes federais das Auditorias apresentaram informações discordando da posição do *Parquet*

militar no IRDR, entendendo que a nova legislação deslocou a competência dos Conselhos de Justiça (escabinato) para o juiz federal, que decidiria monocraticamente. Certos juízes argumentaram pela inadmissibilidade do IRDR, ou por sua inconstitucionalidade. Houve alguns, em menor quantidade, que informaram estar decidindo conforme o requerimento do MPM. A DPU também reforçou a necessidade de uma interpretação literal da Lei nº 13.774/2018, requerendo que o incidente fosse julgado improcedente. Já órgãos de consultoria da AGU defenderam a aplicação da teoria da ação, de modo que o momento da prática do crime fosse determinante para delimitar a competência.

Enquanto se aguardavam informações de outros órgãos e entidades, foi certificada, em 26 de julho de 2019, a comunicação ao CNJ sobre a admissão do IRDR. Por sinal, até o momento de redação deste trabalho, o IRDR do STM ainda consta como “admitido” (e não como “julgado” ou “transitado em julgado”) no Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios¹⁶⁴.

Prosseguindo a análise dos autos do IRDR, após requerimento, a União, representada pela AGU, foi admitida como *amicus curiae* no caso. Depois, em 12 de agosto de 2019, foi apresentado o relatório, com pedido de inclusão em pauta para o julgamento do mérito. O julgamento foi agendado para

¹⁶⁴ Disponível em: <https://bnpr.cnj.jus.br/bnpr-web/>. Acesso em 22 fev. 2024.

a semana subsequente, em 22 de agosto de 2019.

Posteriormente, foi apresentada manifestação de órgão da DPU com atuação específica nos tribunais superiores, arguindo a inconstitucionalidade do IRDR. Ela foi admitida pelo relator, que também deferiu pedidos de sustentação oral da AGU e da DPU.

Em 20 de agosto de 2019, o CF-OAB requereu sua habilitação como *amicus curiae* no feito, bem como o julgamento pela improcedência do IRDR. A intervenção foi deferida em caráter excepcional, juntamente com a realização de sustentação oral, dada a relevância da matéria e a contribuição do órgão.

Depois de todos esses andamentos, novamente bastante céleres e alguns às vésperas da sessão de julgamento, ficou definido o cenário do exame de mérito do IRDR no STM. Os próximos acontecimentos referem-se às etapas finais da tramitação do incidente de resolução de demandas repetitivas, e fornecem elementos profícuos para se investigar as perspectivas futuras do instituto no âmbito do Superior Tribunal Militar e também dos demais tribunais superiores brasileiros.

4 JUÍZO DE MÉRITO E CONSEQUÊNCIAS DO JULGAMENTO

A sessão de julgamento do primeiro IRDR instaurado em um tribunal superior contou com a participação de diversos interessados. Usaram da palavra o Procurador-Geral da Justiça Militar, um representante da Defensoria Pública da União de

Categoria Especial, um representante da Advocacia-Geral da União e o Presidente da Comissão de Direito Militar da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Distrito Federal. Além disso, estiveram presentes outras autoridades, como advogados públicos, advogados privados e consultores jurídicos das Forças Armadas.

Por unanimidade, o STM rejeitou as preliminares de inconstitucionalidade e as preliminares de inadmissibilidade do IRDR, arguidas por alguns dos juízes federais da Justiça Militar e pela DPU. No julgamento, também em votação unânime, os Ministros decidiram o mérito do incidente, fixando a seguinte tese: “Compete aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça [escabinato] o julgamento de civis que praticaram crimes militares na condição de militares das Forças Armadas”.

Todos os julgadores acompanharam o relator, e um deles – o Ministro Artur Vidigal de Oliveira, magistrado civil togado, da advocacia – optou por declarar voto escrito. O Ministro José Coêlho Ferreira, que havia divergido quanto à admissibilidade do IRDR, não participou desse julgamento por estar de férias.

Em seu voto, o Ministro Artur Vidigal de Oliveira relata que foi presidente da comissão que encaminhou a proposta de alteração da Lei de Organização da Justiça Militar, convertida na Lei nº 13.774/2018. Rememorou que, no âmbito dos debates do processo legislativo, a questão ora impugnada não foi suscitada em nenhum momento, e que a preocupação da modificação normativa era a de

assegurar a competência da justiça especializada para julgar civis que cometessem crimes militares definidos em lei.

Para o magistrado, o julgamento monocrático de civis pelo juiz federal da Justiça Militar (e não pelo escabinato) foi uma conquista, visto que eles não estariam sujeitos à hierarquia e à disciplina militares. Contudo, pontuou que era importante delimitar qual seria o alcance da expressão “civis” – qual seria a *mens legislatoris* sobre o seu real significado..

Nessa análise, concluiu que a expressão “civil” não abrangeria “ex-militares”, os quais estariam subordinados aos princípios da hierarquia e da disciplina militares quando do cometimento do delito. A *contrario sensu*, argumentou que se um civil cometer crime e posteriormente se tornar militar, não haverá deslocamento de competência para o escabinato, de modo que a perda da condição de militar também não operaria o mesmo efeito.

Em 04 de setembro de 2019 (portanto, há uma semana da alteração regimental que levou a previsão do IRDR para o Regimento Interno do STM), o acórdão de mérito foi juntado aos autos. O relatório traz a síntese da argumentação de todos os envolvidos no processo, inclusive dos juízes federais das Auditorias que se manifestaram.

O acórdão expressamente enfrenta as alegações de inconstitucionalidade do IRDR, afastando-as, e novamente trata da admissibilidade do feito, já analisada anteriormente, ressaltando a presença dos pressupostos legais do instituto –

sobre a efetiva repetição, e além de mencionar que existem mais de 490 (quatrocentos e noventa) processos sobre o tema, destaca que haveria mais de 130 (cento e trinta) feitos em curso no segundo grau.

Ao iniciar o capítulo de apreciação do mérito, o voto do relator indefere pedido da DPU pela suspensão nacional dos feitos que tratassem da controvérsia (o que seria esperado no julgamento de um IRDR por um tribunal superior). O argumento para superar essa questão foi o de que a suspensão não é automática, como compreende a jurisprudência nacional, além de ela já ter sido analisada no exame de admissibilidade – ocasião na qual se determinou apenas o sobrestamento da causa pendente.

Ingressando efetivamente no mérito, o acórdão expõe as razões que levaram o relator a votar no sentido de preservar a competência do escabinato para julgar ex-militares (o que, para os fins deste trabalho, não é o aspecto mais interessante da decisão).

Ao analisar o tema o relator afirma estar decidindo conforme a *mens legis* (diferentemente do outro voto declarado, que se referiu à *mens legislatoris* e ao legislador como uma terceira pessoa), citando trechos da justificativa do Projeto de Lei nº 7.683/2014, elaborado pelo próprio Superior Tribunal Militar. Como antecipado, observa-se o exercício da oportunidade de tornar vinculativa no território nacional a interpretação de uma norma criada pelo próprio órgão julgador.

Mais interessante ainda é o fato de que, ao rejeitar a interpretação

proposta pela OAB, no sentido de que o ex-militar deveria ser julgado como civil, o STM ressalta a separação dos poderes – afirmando que essa interpretação resultaria em ativismo judicial, o qual seria vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Com 86 (oitenta e seis) páginas, incorporando dois votos escritos, o acórdão julgou “procedente” o IRDR, por unanimidade. Contra a decisão, em 24 de setembro de 2019, foram opostos embargos de declaração com pedido de efeito infringente pela DPU, autuados sob o nº 7001075-98.2019.7.00.0000, sustentando a insuficiência quanto aos requisitos de instauração do IRDR. Os embargos não foram conhecidos, sendo identificado intuito meramente protelatório, o que inviabilizaria até mesmo a interrupção do prazo para outros recursos e geraria o trânsito em julgado do acórdão de mérito.

Impugnando a decisão monocrática, foi interposto agravo interno, autuado sob o nº 7001276-90.2019.7.00.0000, em 08 de novembro de 2019, essencialmente reforçando os argumentos dos embargos de declaração. Na sessão de julgamento, após voto do relator pelo não provimento do recurso, o Ministro José Coêlho Ferreira pediu vista. Retomando-se a deliberação, este Ministro novamente instaurou a divergência, dando provimento ao agravo para conhecer dos embargos de declaração, viabilizando a interposição de futuro

recurso extraordinário. Não obstante, mais uma vez ele foi vencido.

Um argumento que surge no voto vencedor para rejeitar a pretensão de reforma da DPU é que a tese fixada no IRDR também foi transformada na Súmula nº 17 do STM, em 05 de dezembro de 2019. Esse fato é curioso, na medida em que permite discussões sobre quais seriam as diferenças entre a função da tese do IRDR e a função da súmula, e se realmente haveria a necessidade de editar esses dois tipos de precedentes a respeito de um mesmo entendimento.

No dia 30 de março de 2020, a DPU interpôs recurso extraordinário, autuado sob o nº 7000247-68.2020.7.00.0000, arguindo principalmente a inconstitucionalidade do instituto jurídico do IRDR. O Presidente do STM, no exame de admissibilidade recursal, negou seguimento ao apelo extremo. Na sequência, foi interposto agravo em recurso extraordinário, em 10 de junho de 2020, e a DPU pediu que o feito fosse remetido ao STF como recurso representativo de controvérsia, para fins de afetação como recurso repetitivo¹⁶⁵ – o que foi negado pelo Presidente.

No Supremo Tribunal Federal, em 24 de agosto de 2020, a Ministra Cármen Lúcia negou seguimento ao Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.279.981/DF, afirmando que rever a decisão recorrida dependeria da análise da legislação infraconstitucional. Também expôs que, no mérito, a decisão do STM era

¹⁶⁵ Vale lembrar que o recurso extraordinário interposto contra acórdão de mérito em IRDR possuirá efeito vinculante, se tiver seu mérito

julgado pelo STF, por força do § 2º do artigo 987 do CPC.

compatível com a jurisprudência do STF. Interposto agravo regimental em 18 de setembro de 2020, a Segunda Turma negou provimento, por unanimidade.

Com isso, encerrou-se a tramitação do primeiro e único incidente de resolução de demandas repetitivas com mérito julgado por um tribunal superior no Brasil, certificando-se o trânsito em julgado na data de 17 dezembro de 2020.

Apresentado o caso, a partir das unidades de análise elegidas, juntamente com os elementos que compõem o seu contexto, torna-se possível tecer algumas considerações finais à guisa de conclusão deste trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após cerca de oito anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, com uma grande quantidade de incidentes de resoluções de demandas repetitivas suscitados no território nacional, ainda existem diversas dúvidas acerca da operacionalização do instituto. Se por um lado o IRDR está se consolidando, cada vez mais, como um instrumento de uniformização de jurisprudência e enfrentamento da litigiosidade repetitiva, por outro ele permanece repleto de facetas polêmicas e não resolvidas na doutrina e na jurisprudência.

Uma delas certamente é o que se propôs a investigar neste artigo: a viabilidade de instauração de IRDRs diretamente nos tribunais superiores. Para auxiliar a compreensão desse problema, realizou-se um estudo casuístico para averiguar como se deu a tramitação do único IRDR admitido e com mérito julgado em um tribunal superior: o processo nº 7000425-51.2019.7.00.0000, no Superior Tribunal Militar.

Outras cortes de vértice brasileiras receberam suscitações de IRDR, mas até o presente momento nenhuma delas proferiu juízo de admissibilidade positivo. O TST inclusive incluiu a classe processual “IRDR” na sua consulta de jurisprudência¹⁶⁶, e a pesquisa com esse parâmetro resulta em 16 (dezesseis) decisões (alguma monocráticas e outras colegiadas) – nenhuma das quais admitiu as suscitações. O STJ, apesar de já ter declarado sua competência para julgar IRDR, tem o exemplo do já mencionado Agravo Interno na Petição nº 11.838/MS, em que se negou a instauração; enquanto o STF também decidiu ser manifestamente inadmissível uma suscitação, no Agravo Regimental na Petição nº 7.706/DF¹⁶⁷. Não foram encontradas ocorrências pela busca da palavra-chave “IRDR” na consulta de jurisprudência do TSE¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em 22 fev. 2024.

¹⁶⁷ No seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso acompanha o entendimento do STJ e do TST, pontuando que a instauração nos tribunais superiores seria possível em tese, mas apenas

nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária. O Ministro ressalta, ainda que em regra a consolidação da jurisprudência nessa esfera ocorrerá por meio do julgamento de recursos repetitivos.

¹⁶⁸ Disponível em: <https://jurisprudencia.tse.jus.br/#/jurisprudencia>

Sendo assim, o estudo do primeiro e único IRDR suscitado nos tribunais superiores, perante o STM, traz importantes constatações acerca de discussões e dúvidas na aplicação do incidente, que foram enfrentadas direta ou indiretamente pela Corte Castrense.

Em primeiro lugar, o Superior Tribunal Militar corroborou indiretamente o entendimento que vem se firmando nas demais cortes de vértice (notadamente, TST, STJ e STF), ainda em consolidação, acerca do cabimento do IRDR no âmbito dos tribunais superiores. Porém, enquanto o STJ, por exemplo, já fixou a compreensão de cabimento do IRDR apenas a partir das causas de competência recursal ordinária ou de competência originária, o STM não fez esse recorte expressamente; pelo contrário, destacou sua competência híbrida de corte de cúpula e órgão recursal ordinário, buscando legitimar-se pela similaridade com os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais.

Disso surge uma particularidade do caso levado a estudo: o STM é uma corte superior que não possui competência recursal extraordinária. Desse modo, o IRDR seria um instrumento mais apropriado do que os recursos repetitivos para formar precedentes vinculantes em face da litigiosidade repetitiva, na realidade da Justiça Militar da União.

Tal raciocínio também permite o aprofundamento de debates sobre uma possível diferença ontológica entre os

institutos jurídicos dos recursos repetitivos e do IRDR, para além das meras distinções no regime normativo, visto que a competência de julgamento (tribunais superiores *versus* tribunais ordinários) é usualmente invocada como uma das principais distinções.

A compreensão predominante tem indicado que os recursos repetitivos decorrem do exercício extraordinário da competência recursal, em que há, notadamente: (a) prequestionamento nas instâncias ordinárias (importando em maturidade da questão jurídica discutida); e (b) excepcionalidade na admissão (em razão dos filtros recursais inerentes a essas espécies recursais).

A observância desses aspectos oferece uma nova perspectiva sobre a função jurídica do IRDR e, também, dos recursos repetitivos. A diferença entre eles não residiria, portanto, em uma questão de hierarquia na estrutura do Poder Judiciário; mas sim de proximidade entre a gênese e a afetação da controvérsia jurídica.

Em segundo lugar, como meios de legitimar o julgamento do IRDR, o STM optou por, além de destacar sua competência de natureza híbrida (corte superior e de revisão ordinária) na fundamentação da decisão: (i) positivar o instituto jurídico em seu regimento interno, dando a entender que a regulamentação regimental seria necessária para afastar eventuais nulidades (o que, nas demais cortes superiores, apenas aconteceu no TST até agora, embora este tribunal não tenha admitido nenhum IRDR); e (ii)

[a/pesquisa?expressaoLivre=irdr&params=s.](#)
Acesso em 22 fev. 2024.

transformar a tese firmada em uma súmula, como maneira de atribuir maior valor à deliberação (revelando certa sobreposição entre os papéis desses dos tipos de precedentes).

Tais opções, analisadas conjuntamente à célere tramitação do caso concreto, revelam uma preocupação estratégica do Superior Tribunal Militar em preservar sua competência e sua compreensão, que decorrem inevitavelmente da insegurança sobre o cabimento do instituto no âmbito das cortes superiores.

Nota-se, ainda, certo caráter político no emprego do IRDR para a apreciação da matéria suscitada, na medida em que a norma questionada teve sua origem em um projeto de lei de autoria da própria Corte Militar. Tal fato demonstra que a faculdade de instaurar IRDRs é mais um instrumento no arsenal dos tribunais superiores, que poderão formar precedentes vinculantes em âmbito nacional sem que as matérias sejam exaustivamente discutidas nas instâncias ordinárias – conferindo ainda mais poder às cortes de vértice no país.

Por fim, em terceiro lugar, desde o julgamento do caso em 2019 o STM não instaurou novos IRDRs, o que parece convergir que o comportamento das demais cortes superiores nacionais, de não terem admitido incidentes de resolução de demandas repetitivas.

Esse fato pode ser um indicativo de que a litigiosidade repetitiva é característica das instâncias ordinárias de jurisdição, sendo rara nas esferas de competência originária dos tribunais

superiores ou de competência recursal ordinária. Se for esse o caso, qual seria a efetiva utilidade do IRDR para esses órgãos do Poder Judiciário?

É preciso ressaltar que, novamente, as particularidades do caso e da Justiça Militar podem prejudicar abstrações e generalizações para outras realidades, na medida em que o conceito de repetitividade nesse ramo seguramente será distinto do que se conhece nas outras áreas da Justiça, como se assumiu existir repetitividade a partir de 490 (quatrocentos e noventa) processos em primeira instância relacionados com o tema. Sobre esse ponto, argumenta que “deve-se mitigar o conceito de ‘efetiva repetição de processos’ de forma a se permitir que a análise permeie não o quantitativo, mas sua representatividade frente ao total de feitos e interpretações conflitantes”¹⁶⁹, evidenciando a natureza peculiar do ramo jurisdicional em comento.

Não obstante, verifica-se que o caso analisado abriu espaço para a utilização da ferramenta processual do IRDR com a finalidade de gerenciamento de demandas em sede de um tribunal superior (o qual, repisa-se, não poderia ter se utilizado de recursos repetitivos para pacificar a questão).

Assim, em que pese a utilidade prática do IRDR para a Justiça Militar da União, é de se investigar como as outras cortes de vértice brasileiras se relacionarão com o instituto, inclusive para prevenir que o intuito gerencial não acabe por ceifar o devido processo legal, na acepção da garantia a um julgamento atento à sistemática deste tipo de

¹⁶⁹ MELLO, *op. cit.*, p. 151.

mecanismo, considerando o respeito ao contraditório, a devida delimitação da questão de direito e o fato-tipo por trás, além de técnicas como a distinção e a superação. Tudo em respeito ao ideal de acesso à justiça que, embora muito mencionado no contexto das reformas legislativas preocupadas com a uniformização da jurisprudência, frequentemente é relevado na prática em prol do enfrentamento da chamada litigiosidade repetitiva¹⁷⁰.

REFERÊNCIAS

- ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Acesso à justiça e direito processual*. Curitiba: Juruá, 2022.
- ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018
- BRASIL, Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, 2010.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2023*. Brasília: CNJ, 2023.

- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2016.
- GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 6, n. 3, p. 152-181, 2019.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MACHADO, Maíra Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maíra Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos

¹⁷⁰ GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de

construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 6, n. 3, p. 152-181, 2019, p. 173.

- Empíricos em Direito, 2017, p. 357-389.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demanda repetitiva: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MELLO, Fernando Pessoa da Silveira. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e o Superior Tribunal Militar: um estudo sobre a estabilidade, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais militares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2020.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Militar comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça Militar, escabinato e acesso à Justiça justa. *Revista Amagis Jurídica*, n. 9, p. 73-94, ago. 2019.
- ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A Justiça Militar da União na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 179, p. 385-395, jul./set. 2008.
- ROSSI, Júlio César; MUNDIM, Luís Gustavo Reis. Do (des)cabimento do IRDR em ações de competência originárias e recursais ordinárias no STF e no STJ. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, a. 16, v. 23, n. 1, p. 678-694, 2022.
- SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. *Regimento interno e súmulas*. 15. ed. Brasília: STM, 2019.
- TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ZANETI JUNIOR, Hermes; SOUSA, Pedro Ivo de. Precedentes normativos formalmente vinculantes em âmbito penal e sua dupla função: pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Marcia Haydée Porto de; CHAI, Cassius Guimarães (org.). *Passado, presente e futuro do Ministério Público brasileiro: 50 anos da Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão – AMPEM*. São Luís: EDUFMA, 2021. p. 159-178.

ANEXO

Figura 1 – Classe Processual do IRDR

CONSULTA PÚBLICA DE CLASSE

Pesquisar: ☒ Classes ☐ Glossário

incidente de resolução

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Suspensão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Suspensão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Suspensão Nacional do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Versão 05/07/2023

- 385 EXECUÇÃO PENAL E DE MEDIDAS ALTERNATIVAS
- 1198 PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS
- 547 PROCEDIMENTOS DE INFÂNCIA E JUVENTUDE
- 11099 PROCEDIMENTOS PRÉ-PROCESSUAIS DE RESOLUÇÃO COM
- 2 PROCESSO CÍVEL E DO TRABALHO
- 214 Outros Procedimentos
 - 12232 Ação de Partilha
 - 15167 Acordo de Não Persecução Cível
 - 237 Atos e expedientes
 - 257 Cartas
 - 215 Incidentes
 - 218 Assistência Judiciária
 - 14991 Classificação de Crédito Público
 - 1285 Conflito de atribuição
 - 221 Conflito de competência cível
 - 12153 Embargos Parciais à Ação Monitória
 - 224 Exceções
 - 228 Exibição de Documento ou Coisa Cível
 - 230 Impugnação ao Pedido de Assistência Litisconsore
 - 231 Impugnação ao Valor da Causa Cível
 - 1702 Impugnação de Assistência Judiciária
 - 216 Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cí
 - 12087 Incidente de Assunção de Competência
 - 12119 Incidente de Desconsideração de Personalidade Ju
 - 232 Incidente de Falsidade
 - 12080 Incidente de Impedimento Cível
 - 12085 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
 - 12081 Incidente de Suspeição Cível
 - 233 Incidente de Uniformização de Jurisprudência
 - 236 Oposição
 - 457 Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei C
 - 12075 Procedimento Conciliatório

DETALHAMENTO

Justiça Estadual

☐ 1º Grau ☒ 2º Grau ☐ Juizado Especial ☐ Turmas Recursais

☐ Juizado Especial da Fazenda Pública

☐ Turma Estadual de Uniformização

Competência Militar

☐ 1º Grau ☒ 2º Grau

Justiça Federal

☐ 1º Grau ☒ 2º Grau ☐ Juizado Especial ☐ Turmas Recursais

☐ Turma regional de unifor. ☐ Turma nacional de unifor. ☐ CJF

Justiça da Trabalho

☐ 1º Grau ☒ 2º Grau ☒ TST ☐ CSJT

Justiça Militar da União

☐ 1º Grau ☐ STM

Justiça Militar Estadual

☐ 1º Grau ☒ TJM

Justiça Eleitoral

☐ Zonas Eleitorais ☐ TRE ☐ TSE

Outras Justiças

☒ STF ☒ STJ ☐ CNJ

Natureza: incidente

Norma: CPC 2015

Artigo: 976 a 987

Sigla: IRDR

Polo Ativo: Suscitante

Polo Passivo: Suscitado

Fonte: Sistemas de Gestão de Tabelas Processuais Unificadas do CNJ¹⁷¹.

¹⁷¹ Disponível em: https://www.cnj.jus.br/sgt/consulta_publica_classes.php. Acesso em: 22 fev. 2024.

SOBRE A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS.¹⁷²

ABOUT THE LEGAL STANDING OF ANIMALS

Carlos Frederico Bastos Pereira

Doutor em Direito Processual pela USP. Mestre em Direito Processual pela UFES. Professor de Direito Processual Civil na FDV. Advogado. E-mail: fredbastospereira@gmail.com

RESUMO: O presente artigo analisa se animais têm capacidade processual para figurar como autores ou réus em processos judiciais. De acordo com o sistema jurídico vigente, animais não são considerados sujeitos de direito, mas bens móveis semoventes. Portanto, não têm capacidade de ser parte e, consequentemente, não têm capacidade processual. O Projeto de Lei nº 6.054/2019 e o Projeto de Lei nº 145/2021 propõem alterações no Código Civil e no Código de Processo Civil para atribuir capacidade de ser parte e capacidade processual aos animais, mas devem ser ajustados para que essas mudanças legislativas atinjam a finalidade pretendida. Assim, a tutela coletiva dos direitos dos animais ocorrerá por substituição processual do Ministério Público, Defensoria Pública ou associações civis e a tutela individual dos direitos dos animais ocorrerá por representação processual dos seus tutores ou guardiões.

PALAVRAS-CHAVE: Animal. Capacidade de ser parte. Capacidade processual. Pressupostos processuais. Direito processual civil.

ABSTRACT: The present article examines whether animals have legal standing to appear as plaintiffs or defendants in judicial proceedings. According to the current legal system, animals are not considered legal subjects, but rather movable chattels. Therefore, they don't have the capacity to be parties and, consequently, don't have legal standing. Brazilian Bill No. 6,054/2019 and Bill No. 145/2021 propose amendments to the Brazilian Civil Code and the Brazilian Code of Civil Procedure to grant animals the capacity to be parties and procedural capacity, but these bills need to be adjusted to ensure that these legislative changes achieve their intended purpose. Thus, collective protection of animal rights will occur through procedural substitution by the Public Prosecutor's Office, Public Defender's Office, or civil associations, and individual protection of animal rights will occur through procedural representation by their caretakers or guardians.

¹⁷² Artigo recebido em 23/07/2024 e aprovado em 05/12/2024.

KEYWORDS: Animal. Capacity to be a party. Legal standing. Procedural assumptions. Civil procedural law.

*“Nós temos a visão do mundo,
mas os animais têm a
percepção do mundo”.*

Olga Tokarczuk¹⁷³

INTRODUÇÃO

A causa animal tem ganhado destaque no cenário jurídico nos últimos tempos, em diversas áreas e com diferentes nuances. No *direito constitucional*, a vedação do tratamento cruel aos animais (art. 225, § 1º, inc. VII, da CF) levou o STF a proibir a vaquejada (ADI 4.983) e a rinha de galo (ADI 2.514) como manifestações culturais lícitas. No *direito penal*, é crime ambiental a prática de maus-tratos a animais silvestres, domésticos ou domesticados, conforme Lei nº 9.605/1998. Já no *direito civil*, tem sido debatida na doutrina e nos tribunais a guarda de animais de estimação em divórcios e a capacidade sucessória dos animais em caso de herança deixada pelo falecido.

Como esperado, o avanço na compreensão jurídica dos direitos dos animais acabaria por repercutir no *direito processual civil*. Propostas doutrinárias recentes têm defendido

animais como sujeitos de direito e a capacidade processual deles para figurar como autores e réus em processos judiciais.

O tema também tem chegado aos tribunais brasileiros. Por exemplo, o TJSP classificou pedido de inclusão de cães no polo passivo como “profundamente lamentável” e disse que a advocacia não tem “espaço para invenções ou gracinhas”¹⁷⁴. Enquanto, o TJPR reconheceu a capacidade processual de dois cães vítimas de maus-tratos que ajuizaram ação representados por uma ONG de proteção aos animais. O argumento foi de que “animal não é coisa, mas sim portador de dignidade própria” e que “o Direito deve evoluir em consonância com o avanço do processo civilizatório”¹⁷⁵. Como se vê, o tema é polêmico, comumente tratado em tom jocoso e tende à polarização.

O presente trabalho pretende demonstrar, em primeiro lugar, as razões pelas quais animais não têm capacidade processual no sistema jurídico vigente (*análise de lege lata*), e, em segundo lugar, examinar a suficiência de dois Projetos de Lei que buscam regulamentar a capacidade processual dos animais (*análise de lege ferenda*).

O trabalho não pretende justificar se é bom ou ruim atribuir capacidade processual aos animais sob a perspectiva axiológica, mas apenas responder se eles a possuem e como

¹⁷³ TOKARCZUK, Olga. *Sobre os ossos dos mortos*. Trad. Olga Baginska-Shinzato. São Paulo: Todavia, 2019, p. 188.

¹⁷⁴ TJSP; Apelação Cível nº 1000235-72.2020.8.26.0252, Relator: Desembargador

Gilberto dos Santos, 11ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 10/05/2021.

¹⁷⁵ TJPR, Agravo de Instrumento nº 0059204-56.2020.8.16.0000, Relator: Desembargador Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, 7ª Câmara Cível, Data do Julgamento: 14/09/2021.

deveria ser regulamentada caso a tivessem. Portanto, não serão discutidas questões éticas, filosóficas ou biológicas que envolvem o tema. Embora importantes, não estão inseridas no recorte metodológico proposto, que se limita a uma análise processual.

1. A ANÁLISE DE *LEGE LATA*

No direito brasileiro atual, animais não têm nem capacidade de ser parte, pois não são sujeitos de direito. A opção do Legislador, conforme interpretação majoritária do art. 82 do CC, é que os animais são apenas bens móveis semoventes, meras coisas¹⁷⁶. São, portanto, objeto de propriedade. Essa construção é fruto essencialmente de interpretação doutrinária, uma vez

que o dispositivo não menciona de forma expressa os animais e nem faz referência à sua natureza jurídica.

O principal argumento utilizado para refutar a condição de sujeito de direito dos animais é que eles não se enquadram no conceito de pessoa natural, entendido como o ser humano dotado de estrutura biopsicológica. Parcela da doutrina defende caminho intermediário: os animais não são sujeitos de direito e nem coisas, mas uma espécie *sui generis* que merece proteção jurídica especial¹⁷⁷. No entanto, essa opção ainda está longe de ser unânime, especialmente devido à falta de regulamentação específica sobre o tema.

Só podem titularizar direitos e deveres os que são considerados sujeitos de direito, condição

¹⁷⁶ Como defende a maioria da doutrina civilista: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 370-371; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil - teoria geral de direito civil*. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 184; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos de direito civil: teoria geral do direito civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, vol. 1, p. 186; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 41ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2024, vol. 1, p. 132; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Parte Geral*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, vol. 1, p. 105 e 253. Especificamente, GONTIJO, Bruno Resende Azevedo; FIUZA, César. Dos fundamentos da proteção aos animais – uma análise acerca das teorias de personificação dos animais e dos sujeitos de direito sem personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 1, n. 1, p. 189-204, out./dez., 2014; SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 3,

n. 4, p. 897-911, 2017; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; PETTERLE, Selma Rodrigues. Análise crítica do Código Civil de 2002 à luz da Constituição brasileira: animais não humanos. *Revista de Direito Ambiental*, v. 24, n. 93, p. 65-88, jan./mar. 2019.

¹⁷⁷ Neste sentido, TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, vol.1, p. 298-299; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018, p. 319; SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2024, p. 78; LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2024, vol. 1, p. 82; MIRAGEM, Bruno. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 344. Ampliando essa condição para alcançar também seres inanimados, como a natureza, BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no Direito Brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, ano 1, v. 1, n. 02, p. 149-169, jul. 2001.

fundamental para ter capacidade de ser parte e para figurar em uma relação jurídica processual, seja como autor, seja como réu. Os animais não possuem essa condição¹⁷⁸.

A *capacidade de ser parte* é a aptidão de alguém figurar como sujeito de uma relação jurídica processual. Trata-se de um pressuposto processual subjetivo. Os sujeitos da relação jurídica processual são aqueles capazes de titularizar situações jurídicas processuais, tais como faculdades, ônus, poderes e deveres. Não existe sujeito com “capacidade parcial de ser parte”, pois essa é uma característica absoluta que o sujeito ou possui ou não possui¹⁷⁹.

A capacidade de ser parte é uma regra de natureza pré-processual e, por isso, a sua configuração necessita de uma análise do direito material. Afinal,

“ter capacidade de ser parte é ser titular de pretensão à tutela jurídica”¹⁸⁰. O sujeito precisa ter aptidão para a titularidade de deveres e direitos. Não por acaso, “a capacidade de ser parte coincide com a personalidade jurídica, conceituada pelo Código Civil como capacidade de adquirir direitos e deveres na ordem civil”¹⁸¹. No sistema jurídico brasileiro, a capacidade de ser parte é geralmente atribuída a todos os sujeitos dotados de personalidade civil. De acordo com o art. 1º do Código Civil, esses sujeitos são as pessoas naturais e as pessoas jurídicas.

Os animais, por sua vez, não são pessoas de acordo com o direito brasileiro. Nem mesmo a senciência, compreendida como a sensibilidade à dor e a capacidade de sofrer, é um critério capaz de atribuir direitos aos animais¹⁸². Ainda que essa característica

¹⁷⁸ Contra, defendendo animais como sujeitos de direito, DIAS, Edna Cardozo; Os animais como sujeitos de Direito. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, n. 1, p. 119-121, jul./dez. 2006; RODRIGUES, Danielle Tetü. *Os animais não-humanos como sujeitos de direito sob enfoque interdisciplinar*. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Meio Ambiente e Desenvolvimento. Defesa: Curitiba, 2007, p. 59-65; FERREIRA, Ana Conceição Barbuda. Animais não humanos como sujeitos de direito: considerações processuais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 6, n. 9, p. 307-353, jul./dez. 2011; ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Capacidade processual dos animais: a judicialização do direito animal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 204-206.

¹⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 113; ATAÍDE JR., Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais. *Revista de Processo*, v. 46, n. 313, p. 95-128, mar. 2021.

¹⁸⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. *Revista de Direito Privado*, v. 1, n. 3, p. 9-34, jul./set., 2000, esp. p. 27.

¹⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. II, p. 334; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Comentários ao Código de Processo Civil – Volume II* (arts. 70 a 118), Das partes e dos procuradores. Coordenadores: José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 21-22.

¹⁸² Sobre o critério da senciência animal, ANDRADE, Fernanda; ZAMABM, Neuro José. A condição de sujeito de direito dos animais humanos e não humanos e o critério da senciência. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 11, n. 23, p. 143-171, set./dez. 2016; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LORENZONI, Isabela Lyrio; HIBNER, Davi Amaral. A tutela jurídica material e processual da senciência animal no ordenamento jurídico brasileiro: análise da legislação e de decisões judiciais.

em alguma medida aproxime os animais dos seres humanos, ela não é fator de atribuição de direitos e deveres a eles.

Existem exemplos no ordenamento jurídico de sujeitos que são titulares de direitos e deveres e não têm essa característica. Ou seja, são sujeitos com capacidade de ser parte, mas sem os atributos da pessoa humana. Isso porque a lei escolhe atribuir capacidade de ser parte a alguns entes *despersonalizados* que não têm vida humana nem personalidade civil no plano do direito material. Com o objetivo de promover o acesso à justiça, esses entes são dotados de *personalidade judiciária* ou *processual*¹⁸³.

São exemplos dessa figura intermediária os entes listados no art. 75 do CPC, como o espólio, a massa falida, a herança jacente e vacante, o condomínio edilício, bem como aqueles reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, como o nascituro, a Câmara dos Deputados, as Câmaras Municipais de Vereadores, as Assembleias Legislativas, os Tribunais

de Justiça, o PROCON, os consórcios, entre outros¹⁸⁴.

Diferente da capacidade de ser parte, a *capacidade processual*, também conhecida como capacidade de estar em juízo, é a aptidão de um determinado sujeito praticar atos processuais sem assistência ou representação. É quando um determinado sujeito age por si só no processo, praticando os atos processuais que demanda a sua atuação pessoal. O seu objetivo é proteger a esfera jurídica das partes no processo para assegurar a sua participação com o mínimo grau de compreensão do significado dos atos processuais e dos efeitos que eles podem produzir para elas¹⁸⁵. Também é um pressuposto processual subjetivo e está previsto no art. 70 do CPC cuja redação prescreve que “toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo”.

A capacidade processual pressupõe a capacidade de ser parte. Um sujeito pode ter capacidade de ser

Revista Brasileira de Direito Animal, v. 13, n. 1, p. 55-95, jan./abr. 2018; DEMASI, Luiza Regina Ferreira. A senciência animal e o direito. *Revista de Direito Ambiental*, v. 25, n. 100, p. 555-579, out./dez. 2020.

¹⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 335-336; LOPES. Bruno Vasconcelos Carrilho. *Comentários ao Código de Processo Civil – Volume II* (arts. 70 a 118), p. 21-22. Destacando que a ampliação da capacidade de ser parte tem ligação com o acesso à justiça, GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. 1, p. 330-331.

¹⁸⁴ Todos reconhecidos pelo STJ, por exemplo, no RMS n. 8.967/SP, relator Ministro Humberto

Gomes de Barros, relator para acórdão Ministro José Delgado, Primeira Turma, j. 19/11/1998. Sobre possibilidade de atribuir capacidade de ser parte a entes organizados despersonalizados, vale conferir UZEDA, Carolina; TEMER, Sofia; PANTOJA, Fernanda Medina; FARIA, Marcela Kohlbach. Entes organizados despersonalizados e capacidade de ser parte: grupos e associações de fato em juízo (Art. 75, IX, do CPC). *Civil Procedure Review*, v. 12, n. 1, jan.-abr., p. 165-205, 2021.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, vol. 2, p. 87.

parte, mas não ter capacidade processual e por isso ela deve ser integrada pela representação ou assistência. No entanto, a recíproca não é verdadeira: sem capacidade de ser parte, não há capacidade processual.

É possível citar como exemplos dos sujeitos que tem capacidade de ser parte, mas não tem capacidade processual, aqueles que são absoluta e relativamente incapazes. É por isso que o art. 71 do CPC prevê a possibilidade de suprir a incapacidade processual pela representação e assistência de seus pais, tutores ou curadores. O art. 3º do CC, reformado pela Lei nº 13.146/2015, considera absolutamente incapazes os menores de 16 anos, que serão *representados* em juízo¹⁸⁶. Já o art. 4º do CC, também reformado pela Lei nº 13.146/2015, considera relativamente incapazes os maiores de 16 e menos de 18 anos, os ébrios habituais, os toxicômanos, os pródigos e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, que serão *assistidos* em juízo.

A diferença entre a representação e a assistência nesses casos leva em consideração o *grau de interferência* na manifestação de vontade do sujeito representado ou assistido. Por isso, na representação, é o representante que realiza os atos processuais em detrimento do sujeito representado, enquanto, na assistência, os atos

processuais são realizados conjuntamente entre o assistente e o assistido¹⁸⁷.

No caso dos animais, não existe a possibilidade de representação ou assistência em juízo pelo simples fato de que eles não têm capacidade de ser parte. Como já foi dito, a compreensão atual do sistema jurídico é de que eles não são sujeitos de direito e não titularizam direitos e deveres.

A falta de capacidade de ser parte ou de capacidade processual podem causar consequências diferentes para o desfecho da demanda porque impactam de modo distinto no regular desenvolvimento do processo. A capacidade de ser parte é um pressuposto processual cuja ausência constitui vício insanável que leva à extinção do processo, sem resolução do mérito, na forma do art. 485, inc. IV, do CPC. Já a capacidade processual também é um pressuposto processual, mas sua ausência é considerada um vício sanável que não conduz à extinção imediata do processo. Na forma do art. 76 do CPC, uma vez verificada a incapacidade processual, o juiz suspenderá o processo e designará prazo para que o vício seja sanado.

Os pressupostos processuais são *filtros* cujo objetivo é impedir postulações inviáveis sob o aspecto formal¹⁸⁸. Dentro desta lógica, o exame da presença dos pressupostos

¹⁸⁶ Não confundir essa *representação* dos absolutamente incapazes com a *representação* das pessoas jurídicas por meio dos representantes legais, conforme destacou PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed.

Rio de Janeiro: Forense, 1995, t. I, p. 267 e 218-319.

¹⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 337.

¹⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva,

processuais se destina a proteger a própria a parte da produção de “efeitos desvantajosos” no processo sem que ela tenha condições exercer adequadamente o seu direito de ação ou defesa, especialmente quando proferida sentença de mérito apta a formar coisa julgada material¹⁸⁹.

Portanto, os processos judiciais ajuizados por animais em nome próprio, ou contra eles, mesmo quando representados ou assistidos, deverão ser extintos, sem resolução de mérito, por *falta de pressuposto processual* relativo à capacidade de ser parte (art. 485, inc. IV, CPC)¹⁹⁰.

Se essa disciplina normativa é boa ou ruim, pouco importa. A análise não é axiológica, mas dogmática. Esse entendimento é o predominante no direito brasileiro vigente. Como os animais não são sujeitos de direito, não têm personalidade civil e,

invariavelmente, não tem capacidade de ser parte nem mesmo como uma espécie intermediária. Sem capacidade de ser parte, não é possível falar em capacidade processual dos animais.

Nem mesmo o art. 225, § 1º, inc. VII, da CF, é suficiente para esse propósito. O dispositivo da Constituição é constantemente invocado pela doutrina do direito animal no sentido de que a Constituição sinalizaria atribuição de capacidade jurídica aos animais como expressão da sua dignidade pelo fato de ser vedado o tratamento cruel a eles¹⁹¹. Por sua vez, o texto prescreve que incumbe ao Poder Público, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de

1989, p. 83-93, esp. p. 89. No entanto, a doutrina posterior questiona, acertadamente, que “um filtro, entretanto, só tem utilidade se impede a passagem de algo. E o que deve ser feito, então, se esse filtro não funciona?” (BATISTA, Lia Carolina. Pressupostos processuais e efetividade do processo civil: uma tentativa de sistematização. *Revista de Processo*, v. 37, n. 214, p. 79-119, dez. 2012).

¹⁸⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais: algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa. *Revista de Processo*, v. 16, n. 63, p. 64-87, jul./set. 1991; MARINONI, Luiz Guilherme. A função dos “pressupostos processuais” no processo civil contemporâneo. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, n. 35, p. 81-96, jul. 2007).

¹⁹⁰ Não deixa de ser curioso, porém, que Nicetó Alcalá-Zamora y Castillo tenha identificado 25 ações judiciais de países da Europa e da América

Latina entre os anos de 1956 e 1969 envolvendo animais e objetos inanimados como partes. No estudo, ele conclui que animais e objetos inanimados podem produzir mortes, lesões e danos, o que não lhes confere legitimidade/capacidade para serem processados (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Enjuiciamiento de animales y de objetos inanimados, en la segunda mitad del siglo XX. In: *Estudios procesales*. Madrid: Tecnos, 1974, p. 686-726).

¹⁹¹ Por todos, dizendo que os animais são “seres dotados de consciência e de senciência, portadores de dignidade própria e titulares de direitos fundamentais, como quer a Constituição Federal, ao positivizar a regra da proibição da crueldade e o correlato princípio da dignidade animal (art. 225, § 1º, VII)”, cfr. ATAÍDE JR., Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais. *Revista de Processo*, v. 46, n. 313, p. 95-128, mar. 2021.

espécies ou submetam os animais a crueldade”.

Na perspectiva da *norma jurídica*, veicula *apenas* uma regra que veda o emprego de tratamento cruel aos animais, embora não preveja as consequências jurídicas que decorrem do descumprimento dela. Não há no texto constitucional nenhuma descrição de suporte fático para atribuir aos animais a condição de sujeito de direito. Apenas uma inadequada interpretação elástica e principiológica é que autorizaria conclusão diferente. Já na perspectiva dos *direitos fundamentais*, prescreve *deveres ao Estado* de proteção dos animais, vedando práticas que coloquem em risco a sua função ecológica, como o tratamento cruel a eles dispensado¹⁹².

Portanto, a norma constitucional não atribui aos animais a condição de sujeitos de direito, mas somente a de destinatários de deveres de proteção estatal para dar efetividade ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁹³. A hermenêutica constitucional adequada desse dispositivo é a que “confere aos animais o status de bem jurídico ambiental a ser protegido”¹⁹⁴. Somente a promulgação de lei infraconstitucional disciplinando o

tema de forma expressa e específica é que encerraria esse debate. O que existe, porém, são Projetos de Lei ainda não aprovados.

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais também não pode ser considerada uma fonte normativa capaz de atribuir capacidade de ser parte aos animais. Afinal, trata-se de um “documento internacional não ratificado pelo Poder Legislativo interno, não possui forma de tratado e, além disso, não impõe sanções aos que infringirem suas genéricas disposições”¹⁹⁵. Não tem conteúdo jurídico-normativo e não tem força de lei. Quando muito, é um instrumento de *soft law* que pode auxiliar na interpretação de normas jurídicas internas, mas jamais uma fonte normativa capaz de criar direitos e deveres no âmbito do ordenamento jurídico de um determinado país.

Igualmente não procede o argumento de que a incapacidade processual dos animais é suprida por causa do art. 2º, § 3º, do Decreto nº 24.645/1934, responsável por estabelecer medidas de proteção aos animais: “os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 371-374.

¹⁹³ Para uma visão do tema sob a perspectiva do direito constitucional, cfr. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 110-111 e 134-169.

¹⁹⁴ HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Animais são sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro? *Revista Brasileira de Direito Animal*, v.13, n. 03, p.141-172, set-dez 2017.

¹⁹⁵ SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LORENZONI, Isabela Lyrio; HIBNER, Davi Amaral. A tutela jurídica material e processual da senciência animal no ordenamento jurídico brasileiro: análise da legislação e de decisões judiciais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 13, n. 1, p. 55-95, jan./abr. 2018.

protetoras de animais”. O dispositivo não prevê nada sobre a eventual titularidade de direitos e deveres por parte dos animais e nem atribui capacidade de ser parte a eles¹⁹⁶. O texto versa tão somente sobre o *modo de atuação* em juízo dos animais. No máximo, então, regula a capacidade processual dos animais. Ocorre que não se pode cogitar de capacidade processual sem capacidade de ser parte.

Como se não bastasse, a parcela da doutrina que utiliza o referido decreto para justificar a capacidade processual dos animais ignora que o seu art. 10 qualifica os animais como propriedade dos seres humanos: “são solidariamente passíveis de multa e prisão os *proprietários de animais* e os que os tenham sob sua guarda ou uso, desde que consintam a seus prepostos atos não permitidos na presente lei”.

Além disso, o referido decreto não pode ser utilizado como fonte normativa porque foi formalmente revogado pelo Decreto nº 11/1991. Parcela da doutrina defende que essa revogação não produziu efeitos porque o Decreto nº 24.645/1934 foi promulgado à época com força de lei e não poderia

ser poderia ser revogado por decreto presidencial, ato normativo que seria hierarquicamente inferior¹⁹⁷. Além disso, a Lei nº 9.605/1998, que versa sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, substituiu no ordenamento jurídico o Decreto nº 24.645/1934¹⁹⁸.

Inclusive, duas decisões recentes do STJ, uma de 2018 e outra de 2022, reforçam a compreensão de que animais não são considerados sujeitos de direito de acordo com o sistema jurídico vigente. As duas Turmas de Direito Privado compartilham o entendimento de que os animais ainda têm natureza jurídica de meras coisas à luz do Código Civil, razão pela qual são considerados objeto de propriedade. Porém, esses dois precedentes do STJ ressaltaram que esse enquadramento normativo dos animais é insuficiente para resolver os litígios que envolvem animais de estimação por não tratar de simples discussão de posse e propriedade.

Em caso que discutia o direito de visita a um *pet* depois da dissolução de união estável de um casal, a 4ª Turma do STJ ressaltou que “o regramento jurídico

¹⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 490, muito embora diga, equivocadamente, que “o Decreto não cuida de nenhum tema de Direito Processual”.

¹⁹⁷ Neste sentido, BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no Direito Brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, nota de rodapé nº 20; GORDILHO, Heron José de Santana; ATAÍDE JR., Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais no Brasil e na América Latina. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa*

Maria, v. 15, n. 2, maio/ago. 2020; ATAÍDE JR., Vicente de Paula. O Decreto nº 24.645/1934 e a capacidade de ser parte dos animais no processo civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 21, n. 129, p. 83-101, jan./fev. 2021; ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Capacidade processual dos animais*, p. 304-308.

¹⁹⁸ HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Animais são sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro? *Revista Brasileira de Direito Animal*, v.13, n. 03, p.141-172, set-dez 2017.

dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade”¹⁹⁹. Em outro caso que analisava a divisão de despesas com os animais de estimação após o fim do relacionamento de um casal, a 3ª Turma do STJ também ressaltou a necessidade de observar “um filtro de compatibilidade de seus termos com a natureza particular dos animais de estimação, seres que são dotados de sensibilidade, com ênfase na proteção do afeto humano para com os animais”²⁰⁰.

Contudo, é importante observar que as duas Turmas do STJ não se manifestaram expressamente sobre eventual capacidade de ser parte ou capacidade processual dos animais nestes julgamentos. A questão foi tratada apenas lateralmente, como *obiter dictum*. Dos fundamentos determinantes destes precedentes é possível apenas realizar uma inferência de que, se os animais não são sujeitos de direito, mas meras coisas, logo, não possuem capacidade de ser parte e nem capacidade processual.

A conclusão, analisando *de lege lata* as normas jurídicas brasileiras em vigor, é que animais não têm capacidade de ser parte e por isso também não tem capacidade processual. Animais não podem figurar como autor ou réu em relações jurídicas processuais, nem mesmo representados ou assistidos²⁰¹.

2. A PROPOSTA DE LEGE FERENDA

A análise *de lege lata* mostrou que os animais não têm capacidade processual porque, antes disso, não têm capacidade de ser parte. São considerados bens móveis, meras coisas, submetidos ao regime jurídico de propriedade.

Ocorre que a capacidade de ser parte e a capacidade processual são conceitos jurídico-positivos e podem variar no tempo e espaço dos ordenamentos jurídicos de cada país²⁰². Nada impede que se atribua ou que se retire a capacidade de ser parte de um sujeito ou ente. Essa é uma escolha político-legislativa que deve ser feita por cada país à luz dos valores da sua própria ordem jurídica²⁰³. Inclusive, a personalidade jurídica não deve ser

¹⁹⁹ REsp 1.713.167/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 19/6/2018.

²⁰⁰ REsp 1.944.228/SP, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 18/10/2022.

²⁰¹ Fredie Didier Jr., analisando a capacidade de ser parte como pressuposto processual, afirmou em 2005 que “não a têm o morto e os animais” (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*, p. 113). Posteriormente, em 2021, sugere a possibilidade de tê-la os animais em DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual*

civil, parte geral e processo de conhecimento. 23ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, vol. 1, p. 488-490.

²⁰² Conceito jurídico-positivo é aquele que “fica submetido às contingências das transformações do direito positivo” e a sua definição “variará conforme o tempo e o espaço” (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 50).

²⁰³ Prova disso é que vários países já optaram por não *coisificar* os animais, conforme análise comparada feita por ATAÍDE JR., Vicente de

considerada uma característica fundamental para atribuir capacidade jurídica já que até os entes despersonalizados podem ser dotados dela²⁰⁴.

Essas premissas levam à conclusão de que não existem barreiras para que sejam feitas alterações legislativas no Brasil atribuindo aos animais a condição de sujeitos de direito (capacidade de ser parte) e regulando o seu modo de atuação em juízo (capacidade processual). Basta que o Legislativo tome essa iniciativa justificando a pertinência axiológica da mudança, o que, como é de amplo conhecimento, vem ganhando força na sociedade civil e em parcela da comunidade jurídica. Como advertem os partidários da doutrina do direito animal, “é preciso antecipar se a aposta na capacidade processual dos animais realmente implicará aprimoramento da respectiva tutela jurisdicional”²⁰⁵.

As iniciativas legislativas com esse objetivo já são uma realidade no Brasil e duas merecem destaque: o Projeto de Lei nº 6.054/2019 e o Projeto de Lei nº 145/2021 que propõem a alteração do art. 82 do CC e do art. 75 do CPC.

O Projeto de Lei nº 6.054/2019 pretende acrescentar um parágrafo único ao art. 82 do CC para estabelecer um regime jurídico especial para os animais domésticos e silvestres.

Os objetivos declarados da mudança legislativa são a “afirmação dos direitos dos animais e sua respectiva proteção”, a “construção de uma sociedade mais consciente e solidária” e o “reconhecimento de que os animais possuem personalidade própria oriunda de sua natureza biológica e emocional, sendo seres sensíveis e capazes de sofrimento”.

Para isso, o texto afirma que “os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica *sui generis*, sendo sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa”. E, na parte mais importante, o Projeto de Lei propõe a inserção do parágrafo único do art. 82 do CC, que versa sobre bens móveis, com a seguinte redação: “o disposto no *caput* não se aplica aos animais domésticos e silvestres”.

O Projeto de Lei merece elogios por outorgar proteção jurídica adequada dos animais no plano do direito material, excepcionando a incidência do regime da propriedade sobre eles, mas sem cair na armadilha de personalizá-los. Não é possível confundir a condição de sujeito de direito com a atribuição de personalidade jurídica. Conferi-la aos animais seria um equívoco. A bem da verdade, não haveria razão para *personalizar* juridicamente os animais

Paula. *Capacidade processual dos animais*, p. 263-270.

²⁰⁴ Para uma análise neste sentido, GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual. *Revista de Direito Ambiental*, v. 17, n. 65, p. 333-

363, jan./mar. 2012; ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Capacidade processual dos animais*, p. 206-210.

²⁰⁵ ATAÍDE JR., Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais. *Revista de Processo*, v. 46, n. 313, p. 95-128, mar. 2021.

porque o ordenamento jurídico brasileiro já reconhece a condição de outros sujeitos de direito sem personalidade jurídica, como determinados entes despersonalizados (por exemplo, espólio, massa falida, condomínio edilício, nascituro, sociedade de fato etc.)²⁰⁶. Inclusive, a escolha de qualificação dos animais como sujeitos despersonalizados de direitos pode ser *estratégica* para atingir o objetivo de obter a capacidade processual²⁰⁷.

Contudo, o Projeto de Lei peca em dois pontos.

O primeiro problema é não delimitar quais animais serão efetivamente considerados sujeitos de direito. Ainda que o texto do Projeto de Lei restrinja o novo regime jurídico aos animais domésticos e silvestres, não se preocupa a conceituá-los. Na verdade, esse é um debate mais profundo e complexo porque “a proteção jurídica a ser dada aos animais, obviamente, depende do tipo de criatura que eles são”²⁰⁸ e “não é possível falar em direitos animais como se existisse um só animal, com caracteres, aptidões e necessidades uniformes”²⁰⁹.

Afinal, quais animais poderiam titularizar situações jurídicas?²¹⁰ Parece intuitivo que o tratamento jurídico não pode ser o mesmo porque animais tem características muito diferentes, basta pensar nos *pets* como cachorros e gatos domésticos, grandes primatas, animais silvestres como pássaros, insetos, répteis, roedores, dentre outros. Muitas classificações podem ser feitas tanto a partir de critérios jurídicos, quanto a partir de critérios extrajurídicos, por exemplo, o critério biológico. O reino animal é amplo e muito diversificado, assim como a relação dos animais com os seres humanos também é.

O segundo problema é não tratar a questão sob a ótica processual. A iniciativa legislativa mira alterar regra de direito material como se ela fosse suficiente por si só para conferir dignidade e atribuir direitos aos animais, mas haverá um impacto no direito processual porque a capacidade de ser parte leva à capacidade processual. No entanto, nada é dito sobre a capacidade processual dos animais ou sobre o modo de atuação deles em juízo. Embora a mudança seja importante e constitua um avanço para a capacidade de ser parte dos animais, é insuficiente

²⁰⁶ Contra essa equiparação, ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Capacidade processual dos animais*, p. 209.

²⁰⁷ SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Animais em juízo*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2001, p. 68-70.

²⁰⁸ SUNSTEIN, Cass R. Os direitos dos animais. Trad. Heron José Santana Gordilho. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 9, n. 16, p. 47-70, set., 2014, esp. p. 65

²⁰⁹ ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Capacidade processual dos animais*, p. 202.

²¹⁰ Pergunta feita por DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 489, seguida de alguns exemplos: “a) todos; b) os sencientes (os que têm sensações e sentimentos); c) os grandes primatas (chimpanzés, orangotangos, gorilas e bonobos); d) os de estimação (pets); e) “não-daninhos” (art. 17 do Decreto 24.645/1934)”. Defendendo a personalidade de jurídica dos grandes primatas, cfr. MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *A personalidade jurídica dos grandes primatas*. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

por não tratar da capacidade processual²¹¹.

Ainda assim, em linhas gerais, essa modificação sugerida pelo Projeto de Lei é muito tímida por não tratar diretamente da *qualificação jurídica* dos animais, mas apenas criar uma exceção a elas no regime jurídico dos bens.

O Anteprojeto do Código Civil, finalizado e apresentado pela Comissão de Juristas ao Congresso Nacional em 2024, tem redação mais avançada ao criar uma seção própria destinada aos animais e acrescentar o art. 91-A com a seguinte redação: “os animais são seres vivos sencientes e passíveis de proteção jurídica própria, em virtude da sua natureza especial”. Segundo o dispositivo, essa proteção deverá ser regulada por lei especial (§ 1º) e enquanto ela não for promulgada serão aplicadas subsidiariamente aos animais as disposições relativas aos bens, desde que compatíveis com sua natureza e sensibilidade (§ 2º). A mudança promovida pelo Anteprojeto do Código Civil representa um avanço considerável na condição jurídica dos animais e deixa uma porta aberta para avançar ainda mais sobre o tema, ainda que tenha mantido a aplicação subsidiária do regime jurídico dos bens enquanto não houver a lei especial regulamentando o tema.

Já o Projeto de Lei nº 145/2021 busca disciplinar a capacidade processual dos animais não-humanos em processos judiciais. O texto

reconhece que “os animais não-humanos têm capacidade de ser parte em processos judiciais para a tutela jurisdicional de seus direitos”, não só no âmbito individual, mas também no âmbito coletivo (art. 1º e parágrafo único do Projeto de Lei). Por fim, o art. 2º do Projeto de Lei sugere incluir o inciso XII no art. 75 do CPC para determinar que “os animais não-humanos sejam representados em juízo, ativa e passivamente, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pelas associações de proteção dos animais ou por aqueles que detenham a sua tutela ou a sua guarda”.

O Projeto de Lei é importante porque acaba de uma vez por todas com as dúvidas em relação à capacidade processual dos animais, o que é importante em razão do debate em torno da vigência ou não do Decreto nº 24.645/1934. Contudo, ele não sugere nenhuma mudança no Código Civil, ficando restrito à capacidade processual dos animais. O ideal seria que os dois Projetos de Lei andassem em conjunto porque são complementares.

Esse segundo Projeto de Lei menciona expressamente que *animais não-humanos* serão *representados* em juízo. Não especifica se a proteção jurídica alcançará animais domésticos e silvestres, como faz o outro Projeto de Lei. Além disso, como não explica o significado dessa “representação”, não é possível saber se ela atende de forma

²¹¹ Neste sentido, dizendo que “será necessário estabelecer como se realizará, pragmaticamente, essa capacidade processual: como os animais acessarão a Justiça em busca de seus direitos fundamentais, como serão

identificados, quais adaptações procedimentais serão necessárias etc.” (ATAÍDE JR., Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais. *Revista de Processo*, v. 46, n. 313, p. 95-128, mar. 2021).

satisfatória aos anseios da atribuição de capacidade processual aos animais.

Para compreender o alcance dessa categoria, é necessário estabelecer as diferenças entre a representação e a substituição processuais.

Na *representação processual*, o representado é a parte do processo, mas o representante, não. O representante atua em juízo defendendo direito alheio, o direito do representado²¹². A atuação do representante busca apenas suprir a incapacidade processual da parte representada. É o representante quem pratica os atos processuais exclusivamente em nome do representado, a verdadeira parte do processo. Em suma, na representação, o sujeito ativo da relação jurídica de direito processual é o próprio sujeito ativo da relação jurídica de direito material. Basta pensar, por exemplo, nos processos em que figuram os menores de idade, as verdadeiras partes, geralmente representados por seus genitores.

Ao contrário, na *substituição processual*, o substituído não é parte do processo, mas o próprio substituto que é. O substituto defende direito alheio em juízo, mas em nome próprio²¹³. Os atos processuais são praticados pelo próprio substituto em legitimidade extraordinária, sem participação em contraditório do substituído²¹⁴. O sujeito ativo da relação jurídica de direito processual não é o sujeito ativo da relação jurídica de direito material. Nestes casos ocorre a substituição da parte processual, enquanto na representação há uma integração da capacidade jurídica. Não cabe substituição processual voluntária, sendo necessária autorização do ordenamento jurídico para que ela ocorra, conforme dispõe o art. 18 do CPC.

O exemplo mais comum é o da substituição processual nos processos coletivos. Para facilitar a prestação da tutela jurisdicional, o ordenamento jurídico autoriza que determinados entes públicos e privados substituam grupos de pessoas em juízo para

²¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 138-140; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 400.

²¹³ Ideia praticamente unânime na doutrina processual brasileira, como se vê em OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971; ALVIM, Arruda. *Substituição processual*. *Revista dos Tribunais*, v. 60, n. 426, p. 20-32, abr. 1971; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 61, n. 438, p. 23-35, abr. 1972; CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985; DINAMARCO, Cândido Rangel.

Instituições de direito processual civil, vol. II, p. 140 e 362-364; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 400.

²¹⁴ No caso, uma legitimidade extraordinária autônoma exclusiva, conforme conhecida classificação de BARBOSA 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, no que é seguido pela maioria da doutrina, como ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 132-133; CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual*, p. 18-19.

promover a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos²¹⁵. Neste ponto, as normas do microssistema de processo coletivo atribuem legitimidade extraordinária por substituição processual ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à Administração Pública direta e indireta e às associações civis para defesa de direitos difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos (art. 5º da Lei 7.347/1985 e art. 82 do CDC).

Essa constatação recomenda que o Projeto de Lei não fique restrito à representação processual para que não seja outorgada proteção jurídica insuficiente aos animais. Seria ideal acrescentar também a possibilidade de substituição processual para que os direitos dos animais sejam protegidos mediante duas formas de atuação em juízo²¹⁶:

(i) A tutela coletiva dos direitos dos animais ocorrerá por meio de *substituição processual* figurando como legitimados extraordinários o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações protetoras dos animais; e

(ii) A tutela individual dos direitos dos animais ocorrerá, em regra,

por meio de *representação processual* dos seus tutores ou guardiões, e, excepcionalmente, por meio de *substituição processual* do Ministério Público ou Defensoria Pública ou associações protetoras dos animais.

É fundamental diferenciar os espaços de atuação da tutela individual e da tutela coletiva dos direitos dos animais. Assim como animais individualmente considerados podem precisar de tutela jurisdicional no caso de lesão ou ameaça um direito (por exemplo, um cachorro vítima de maus-tratos ou uma ave transportada ilegalmente), também é perfeitamente possível que um grupo de animais necessite de tutela jurisdicional (por exemplo, um grupo de focas, de vacas ou de cachorros)²¹⁷.

No âmbito da tutela coletiva, seguindo as regras já existentes, a legitimação extraordinária deve ser *mista*, ou seja, conferida tanto a entes públicos (Ministério Público e Defensoria Pública), quanto a entes privados (associações de proteção dos animais). A legitimidade adequada destes entes é da tradição do direito processual coletivo brasileiro e pode ser aproveitada para tutela processual dos direitos dos animais²¹⁸.

²¹⁵ Na conhecida classificação de ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

²¹⁶ Defendendo essa possibilidade, de *lega lata*, com base no Decreto nº 24.645/1934, SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Animais em juízo*, p. 98. Ver, ainda, SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Capacidade de ser parte dos animais não-humanos: repensando os institutos da substituição e representação processual.

Revista Brasileira de Direito Animal, ano 4, n. 5, p. 323-352, jan./dez. 2009; FERREIRA, Ana Conceição Barbuda. Animais não humanos como sujeitos de direito: considerações processuais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 6, n. 9, p. 307-353, jul./dez. 2011.

²¹⁷ SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Animais em juízo*, p. 97.

²¹⁸ ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Capacidade processual dos animais*, p. 316-327.

O Ministério Público funcionaria como instituição capaz de tutelar direitos indisponíveis dos animais e assegurar a função ecológica dos animais visando à proteção do meio ambiente por meio do inquérito civil e da ação civil pública (arts. 127 e 129, inc. III, da Constituição, e arts 1º e 25, inc. IV, “a”, da Lei 8.625/1993, a Lei Orgânica do Ministério Público)

A Defensoria Pública também funcionaria como instituição capaz de salvaguardar os direitos dos animais na esfera coletiva, já que tem como função institucional promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos coletivos ambientais (art. 4º, inc. X, da Lei Complementar nº 80/1994 que organiza a Defensoria Pública).

Por fim, a tutela dos direitos dos animais pode ser defendida em juízo por meio das sociedades protetoras dos animais. É de conhecimento público e notório o importante papel desempenhado por organizações não-governamentais e associações civis na proteção aos animais no Brasil e no mundo²¹⁹.

Essa configuração jurídica dividida entre entes públicos e privados é a mais adequada para evitar um indesejável monopólio da iniciativa do direito de ação na defesa dos direitos de um grupo de animais²²⁰. De um lado, a eventual inércia ou omissão dos entes pertencentes à esfera pública pode ser preenchida pela iniciativa dos entes que compõe a esfera privada. De outro lado, a eventual falta de recursos materiais e financeiros dessas entidades privadas poderia ser suprida pelo aparato e estrutura dos entes públicos não deixando desguarnecida a tutela dos direitos dos animais.

Já no âmbito da tutela individual, a representação se mostra a técnica processual mais adequada porque animais, mesmo os sencientes, não tem capacidade autônoma de manifestar a sua vontade em juízo em virtude da sua natureza não-humana. A integração da capacidade jurídica dos animais ocorrerá por meio dos seus tutores ou guardiões que surgem como representantes adequados para defender os interesses dos seus animais em juízo, equilibrando o contraditório e garantindo o devido processo legal²²¹.

²¹⁹ Sobre a importância e a representação adequada da sociedade protetores dos animais, SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Animais em juízo*, cap. 3.3; ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Capacidade processual dos animais*, p. 323-324.

²²⁰ Por conta disso, a legitimidade para tutela coletiva dos animais absorveria todas as características da legitimação coletiva em geral: autônoma (o legitimado coletivo é autorizado conduzir o processo independentemente do titular do direito litigioso), exclusiva (só o legitimado coletivo pode ser parte principal no processo, cabendo ao titular do direito litigioso intervir), concorrente (mais de um sujeito tem

legitimidade coletiva) e disjuntiva (um legitimado coletivo pode exercer a sua iniciativa independentemente da vontade de outro legitimado coletivo). Por todos, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, vol. 4, p. 196-198.

²²¹ É o que argumenta, corretamente, SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Animais em juízo*, p. 100; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Capacidade de ser parte dos animais não-humanos: repensando os institutos da substituição e representação processual.

O maior desafio é indicar quem serão os representantes adequados dos animais em juízo. Primeiro, porque a matéria não é totalmente regulamentada no âmbito infraconstitucional, havendo apenas leis esparsas; segundo, porque os grupos de animais possuem características distintas entre si e a adequação da representação deve levar em consideração essas diferenças.

O correto seria atribuir o poder de representação em juízo dos animais àqueles que possuem dever de zelo, guarda e proteção do animal²²². Neste sentido, a distribuição da representação processual dos animais poderia ser feita da seguinte forma: a) os cetáceos e animais silvestres serão representados pelo Poder Público, já que são propriedade do Estado, na forma do art. 1º da Lei 5.197/1967; b) os animais de estimação serão representados por aqueles que detenham autoridade parental sobre ele; c) os animais submetidos à pecuária, pesca e pesquisas científicas, porque dotados de capacidade jurídica reduzida, serão representados pelos responsáveis

diretos pelo seu bem-estar, como as empresas, os cientistas e os laboratórios.

Deve ser preservada ainda a possibilidade de o Ministério Público, a Defensoria Pública ou as associações protetoras dos animais, atuando na condição de substitutos processuais, pleitearem a tutela jurisdicional do direito individual de um determinado animal no caso de interesse social ou desse direito individual ser indisponível²²³.

Por exemplo, nas situações em que o animal for vítima de maus-tratos ou violência por parte dos próprios tutores ou guardiões, condicionar a instauração da demanda judicial à representação dos agressores seria o equivalente a privá-lo do direito à tutela jurisdicional. E isso não pode ser admitido em face do direito fundamental de acesso à justiça previsto no art. 5º, inc. XXXV, da CF, segundo o qual toda lesão ou ameaça a direito deve ser apreciada pelo Poder Judiciário.

CONCLUSÕES

Revista Brasileira de Direito Animal, ano 4, n. 5, p. 323-352, jan./dez. 2009.

²²² Conforme proposta de ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Capacidade processual dos animais*, p. 221-225.

²²³ ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Capacidade processual dos animais*, p. 319. A tese de que o Ministério Público tem legitimidade constitucional para agir como substituto processual sempre que houver interesse social e lesão ou ameaça a direito individual indisponível é defendida por GODINHO, Robson. Renault. *O Ministério Público como substituto processual no processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, posteriormente reafirmada em GODINHO,

Robson. Renault. *Ensaio sobre o Ministério Público no processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2024, p. 55-94. O STJ entende que o Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação buscar a tutela de pessoa individualmente considerada, valendo conferir os julgados neste sentido em casos de fornecimento de medicamento a pessoas carentes, idosos ou menores: REsp 819.010/SP, relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, j. 28/3/2006; REsp 822.712/RS, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. 4/4/2006; REsp n. 688.052/RS, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. 3/8/2006.

Atualmente, no direito brasileiro, animais são considerados meras coisas e não sujeitos de direito. Eles não têm capacidade de ser parte e nem capacidade processual.

Essa condição tem sido criticada por parcela da doutrina que busca construir os fundamentos para outorga de tutela processual adequada aos animais, propondo que eles possam figurar como partes em processos judiciais. Algumas ações judiciais já foram propostas com animais figurando no polo ativo da demanda, representados por entidades protetoras dos animais. Inclusive, já existem decisões de tribunais brasileiros reconhecendo a capacidade processual de animais. Outras, porém, criticam essa iniciativa.

É certo, porém, que mudanças desta natureza não devem acontecer por vias oblíquas. Sem entrar no mérito da pertinência ética ou axiológica desta mudança, os obstáculos processuais atuais são intransponíveis para que animais figurem em juízo como partes de processos judiciais. Mas nada impede que mudanças normativas sejam feitas, desde que realizadas na sede adequada, o Poder Legislativo.

Neste contexto, os Projetos de Lei nº 6.054/2019 e 145/2021 são capazes de alterar adequadamente o regime jurídico das capacidades dos animais, tanto no plano do direito material (art. 82 do CC), quanto no plano do direito processual (art. 75 do CPC). O ideal, portanto, é que ambos sejam aprovados em conjunto, com ajustes, para acabar com qualquer tipo de dúvida em torno da capacidade processual dos animais.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. Substituição processual. *Revista dos Tribunais*, v. 60, n. 426, p. 20-32, abr. 1971.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10^a ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018.
- ANDRADE, Fernanda; ZAMABM, Neuro José. A condição de sujeito de direito dos animais humanos e não humanos e o critério da senciência. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 11, n. 23, p. 143-171, set./dez. 2016.
- ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- ATAÍDE JR., Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais. *Revista de Processo*, v. 46, n. 313, p. 95-128, mar. 2021.
- ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Capacidade processual dos animais: a judicialização do direito animal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- ATAÍDE JR., Vicente de Paula. O Decreto nº 24.645/1934 e a capacidade de ser parte dos animais no processo civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 21, n. 129, p. 83-101, jan./fev. 2021.
- BARBOSA 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.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. In:

- Temas de direito processual: quarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83-93.
- BATISTA, Lia Carolina. Pressupostos processuais e efetividade do processo civil: uma tentativa de sistematização. *Revista de Processo*, v. 37, n. 214, p. 79-119, dez. 2012.
- BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no Direito Brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, ano 1, v. 1. n. 02, p. 149-169, jul. 2001.
- CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Enjuiciamiento de animales y de objetos inanimados, en la segunda mitad del siglo XX. In: *Estudios procesales*. Madrid: Tecnos, 1974, p. 686-726.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 61, n. 438, p. 23-35, abr. 1972.
- DEMASI, Luiza Regina Ferreira. A senciência animal e o direito. *Revista de Direito Ambiental*, v. 25, n. 100, p. 555-579, out./dez. 2020.
- DIAS, Edna Cardozo; Os animais como sujeitos de Direito. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, n. 1, p. 119-121, jul./dez. 2006.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 23ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, vol. 1.
- DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, vol. 4.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. II.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 41ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2024, vol. 1.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
- FERREIRA, Ana Conceição Barbuda. Animais não humanos como sujeitos de direito: considerações processuais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 6, n. 9, p. 307-353, jul./dez. 2011.
- GODINHO, Robson. Renault. *Ensaio sobre o Ministério Público no processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2024.
- GODINHO, Robson. Renault. *O Ministério Público como substituto processual no processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GONTIJO, Bruno Resende Azevedo; FIUZA, César. Dos fundamentos da proteção aos animais – uma

- análise acerca das teorias de personificação dos animais e dos sujeitos de direito sem personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 1, n. 1, p. 189-204, out./dez., 2014.
- GORDILHO, Heron José de Santana; ATAIDE JR., Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais no Brasil e na América Latina. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria*, v. 15, n. 2, maio/ago. 2020.
- GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual. *Revista de Direito Ambiental*, v. 17, n. 65, p. 333-363, jan./mar. 2012.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. 1.
- HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Animais são sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro? *Revista Brasileira de Direito Animal*, v.13, n. 03, p.141-172, set-dez 2017.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2024, vol. 1.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Comentários ao Código de Processo Civil – Volume II* (arts. 70 a 118), Das partes e dos procuradores. Coordenadores: José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A função dos “pressupostos processuais” no processo civil contemporâneo. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, n. 35, p. 81-96, jul. 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, vol. 2.
- MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; PETTERLE, Selma Rodrigues. Análise crítica do Código Civil de 2002 à luz da Constituição brasileira: animais não humanos. *Revista de Direito Ambiental*, v. 24, n. 93, p. 65-88, jan./mar. 2019.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. *Revista de Direito Privado*, v. 1, n. 3, p. 9-34, jul./set., 2000.
- MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *A personalidade jurídica dos grandes primatas*. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- MIRAGEM, Bruno. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil - teoria geral de direito civil*. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, t. I.
- RODRIGUES, Danielle Tetü. *Os animais não-humanos como sujeitos de direito sob enfoque interdisciplinar*. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Meio Ambiente e Desenvolvimento. Defesa: Curitiba, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2024.
- SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Animais em juízo*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2001.
- SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Capacidade de ser parte dos animais não-humanos: repensando os institutos da substituição e representação processual. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 4, n. 5, p. 323-352, jan./dez. 2009.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LORENZONI, Isabela Lyrio; HIBNER, Davi Amaral. A tutela jurídica material e processual da senciência animal no ordenamento jurídico brasileiro: análise da legislação e de decisões judiciais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 13, n. 1, p. 55-95, jan./abr. 2018.
- SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 3, n. 4, p. 897-911, 2017.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais: algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa. *Revista de Processo*, v. 16, n. 63, p. 64-87, jul./set. 1991.
- SUNSTEIN, Cass R. Os direitos dos animais. Trad. Heron José Santana Gordilho. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 9, n. 16, p. 47-70, set., 2014.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, vol.1.
- TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos de direito civil: teoria geral do direito civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, vol. 1.
- TOKARCZUK, Olga. *Sobre os ossos dos mortos*. Trad. Olga Baginska-Shinzato. São Paulo: Todavia, 2019.
- UZEDA, Carolina; TEMER, Sofia; PANTOJA, Fernanda Medina;

FARIA, Marcela Kohlbach. Entes organizados despersonalizados e capacidade de ser parte: grupos e associações de fato em juízo (Art. 75, IX, do CPC). *Civil Procedure Review*, v. 12, n. 1, jan.-abr., p. 165-205, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Parte Geral*. 24^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, vol. 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PANORAMA JURISPRUDENCIAL SOBRE O CONTROLE SUBSTANCIAL DA SENTENÇA ARBITRAL.²²⁴

CASE LAW ON THE SUBSTANTIVE CONTROL OF THE ARBITRAL AWARD.

Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues

LL.M e S.J.D, University of Virginia. Professora Titular de Direito Internacional Privado na Faculdade de Direito da UERJ. Professora convidada da Academia de Direito Internacional da Haia (2017).

Felipe Gomes de Almeida Albuquerque

Mestre e Doutor em Direito Internacional (UERJ). Pós-doutorado (Sciences Po, Paris). Diploma, Academia de Direito Internacional da Haia. Professor convidado do Mestrado em Direito Econômico – Sciences Po, Paris.

RESUMO: O trabalho aborda o tema da anulação de sentenças arbitrais. Partindo de um estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tendo o escopo restrito às ações anulatórias, bem como do exame dos principais temas debatidos pela doutrina em matéria de ação anulatória – violação à ordem pública, contrariedade à jurisprudência dominante e decisão por equidade não autorizada pelas partes – constata-se que os tribunais examinados apresentam altíssimo grau de deferência às sentenças arbitrais. O propósito desse estudo é descrever o estado atual da matéria perante os tribunais selecionados, premissa básica para um exame crítico do assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Anulatória; Arbitragem; Jurisprudência; Fundamentos de Mérito; Ordem Pública.

ABSTRACT: The work addresses the topic of annulment of arbitration awards. Starting from the study of the jurisprudence of the Superior Court of Justice, the Court of Justice of the State of São Paulo and the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro in decisions issued in relation to annulment of awards, as well as the examination of the main issues debated by the doctrine within this topic– violation of public order, contradiction to dominant jurisprudence and decision based on equity not authorized by the parties – it appears that the courts examined show a very high degree of deference to arbitration awards. The purpose of this study is to describe the current state of the matter before the selected courts, a

²²⁴ Artigo recebido em 22/03/2024 e aprovado em 21/04/2025.

basic premise for a critical examination of the subject.

KEYWORDS: Annulment; Arbitration; Case Law; Substantive Grounds; Public Policy.

INTRODUÇÃO

Do ponto de vista histórico, o sucesso da arbitragem no Brasil está diretamente relacionado ao conjunto de mudanças implementadas pela Lei de Arbitragem. Em particular, a possibilidade de execução específica da cláusula compromissória foi responsável por conferir ao instituto maior efetividade, garantindo a viabilidade do procedimento arbitral mesmo diante da existência de partes recalcitrantes.

Com a consolidação da arbitragem no país, as preocupações a respeito do instituto assumem novo perfil: não há mais dúvida quanto à legitimidade da escolha por esta forma de resolução de disputas, tampouco quanto à natureza vinculativa da opção das partes por submeter litígios futuros à arbitragem. Atualmente, os temas de interesse dizem respeito à *preservação* do espaço institucional e normativo conquistado pela arbitragem.

A maior ênfase conferida ao tema da *anulação de sentenças arbitrais* é, nesta perspectiva, um indicativo do êxito da arbitragem: o maior número de atores envolvidos, de procedimentos realizados e de decisões proferidas aumenta o número de decisões produzidas e, em consequência, o número de decisões sujeitas a pretensões anulatórias. Há, evidentemente, outros fatores que

contribuem para a judicialização *a posteriori* de procedimentos arbitrais, incluindo um ambiente jurídico e empresarial ainda marcado por elevado grau de litigiosidade, os custos relativamente baixos de propositura de ações judiciais e uma percepção difusa de que o Judiciário frequentemente anula sentenças arbitrais.

Este último ponto é objeto do presente artigo. Partindo do estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, bem como do exame dos principais temas debatidos pela doutrina, o presente trabalho se propõe a demonstrar que os tribunais examinados apresentam altíssimo grau – em alguns casos, talvez mesmo excessivo – de deferência às sentenças arbitrais.

Ainda a título introdutório, convém esclarecer que o propósito desse estudo é descrever o estado atual da matéria perante os tribunais selecionados, premissa básica para um exame crítico do assunto, sem, contudo, expor de forma exaustiva todas as decisões identificadas. Ao contrário, e de modo a produzir o efeito desejado – aquele de síntese –, os casos citados, conforme indicação ao longo do texto, são ora referidos como representativos da jurisprudência ora reproduzidos de modo a identificar os casos notáveis de desvio.

1. O CONTROLE SUBSTANCIAL DA SENTENÇA ARBITRAL: OBSERVAÇÕES INICIAIS

De forma geral, e talvez ao contrário da percepção de momento de parte da comunidade arbitral, a jurisprudência dos tribunais analisados apresenta forte tendência a rejeitar pedidos de anulação da sentença arbitral fundamentados em vícios de mérito. A “*invasão do mérito da decisão arbitral*”²²⁵, em outras palavras, é resultado improvável de demandas judiciais pretendendo o reexame de aspectos substanciais de sentenças arbitrais. Os pedidos de anulação bem-sucedidos normalmente dizem respeito a um conjunto restrito de questões que não se relacionam ao mérito da disputa resolvida pela via arbitral, notadamente a ausência de consentimento de uma das partes ou vícios de forma na convenção de arbitragem.

Em alguns casos mais específicos, a não realização de perícia anteriormente reconhecida como necessária pelo próprio Tribunal Arbitral²²⁶, a necessidade de produção de prova pericial para aferição de questões técnicas²²⁷ e a alteração da sentença arbitral por decisão individual

do presidente²²⁸ já foram considerados vícios aptos a ensejar a anulação da sentença arbitral. Os pedidos de anulação procedentes têm como principal ponto em comum a enorme peculiaridade dos casos examinados. Do ponto de vista empírico, é correto afirmar que, inexistentes circunstâncias realmente excepcionais, o destino provável de uma ação anulatória é a improcedência.

Por constituírem argumentos recorrentes na jurisprudência e/ou na doutrina, três diferentes pontos justificam um exame mais detido: **(i)** a violação à ordem pública como fundamento para anulação de sentença arbitral proferida no Brasil; **(ii)** a contrariedade à jurisprudência; e **(iii)** a decisão por equidade a despeito da vedação constante na convenção ou no termo de arbitragem. Cada um dos argumentos é examinado separadamente a seguir.

2. VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA: A ADMISSIBILIDADE DO FUNDAMENTO E SUA APLICAÇÃO NA PRÁTICA

²²⁵ STJ, DJ 19/08/2016, REsp 1500667, Rel. Min. João Otávio de Noronha.

²²⁶ TJ/SP, j. 01/03/2023, Apelação Cível 1122840-98.2014.8.26.0100, Rel. Des. J. B. Franco de Godoi: “Inadmissibilidade da dispensa da perícia cuja necessidade já havia sido anteriormente reconhecida. Hipótese em que a capacidade e conhecimento do árbitro não supera tal prova. Aplicação do art. 32, VIII, da Lei 9.307/96, pois violados os princípios do art. 21, § 2º, especialmente o devido processo legal”.

²²⁷ TJ/SP, j. 07/03/2018, Apelação Cível 1062314-34.2015.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Loureiro: “Decisão arbitral que violou o direito do franqueado à produção de prova pericial, que se revelava indispensável ao julgamento da causa

Sentença reformada, para o fim de anular a sentença arbitral”.

²²⁸ TJ/SP, j. 14/12/2016, Agravo de Instrumento 2205848-91.2016.8.26.0000, Rel. Des. Fabio Tabosa: “Ponderável, também, o argumento dos agravantes de que, não tendo sido uniforme a deliberação, e havendo necessidade de esclarecimentos, caberia prestá-los o autor do voto dominante, o que todavia não autoriza dizer, simpliciter, que possível nessa órbita a alteração, também por manifestação singular, da substância do resultado, como em princípio ocorreu”. De forma similar, TJ/SP, j. 24/05/2023, Apelação Cível nº 1094661-81.2019.8.26.0100, Rel. Des. Cesar Ciampolini.

A violação à ordem pública não é um dos fundamentos para anulação de laudo arbitral expressamente mencionado pelo art. 32 da Lei de Arbitragem. É possível, contudo, conceber outras hipóteses de nulidade da sentença arbitral, além daquelas encontradas no art. 32 da Lei de Arbitragem²²⁹. A esse respeito, diga-se que a possibilidade de anulação da sentença arbitral que viola a ordem pública (*error in iudicando*) é prevista na Lei Modelo da UNCITRAL e na grande maioria das legislações nacionais que nela se inspiraram²³⁰.

Ora, se é vedado ao Tribunal Arbitral aplicar normas jurídicas que violem à ordem pública mesmo diante de escolha, expressa ou tácita das partes (art. 2º § 1º da Lei de Arbitragem), com ainda mais razão há de se reconhecer a interdição à prolação de decisões violadoras da ordem pública. Qualquer

que seja a perspectiva adotada quanto à natureza jurídica da arbitragem, contratual ou jurisdicional, os poderes do Tribunal Arbitral decorrem seja da vontade das partes seja da legislação, de modo que suas decisões não podem ultrapassar os limites impostos pela ordem pública.

Essa é a lógica do § 1º do art. 2º da Lei de Arbitragem que estabelece que a escolha pelas partes da lei a ser aplicada pela arbitragem deve se dar sem violação à ordem pública²³¹. Ausente a possibilidade de anulação, qual seria a consequência jurídica do desrespeito a este dispositivo caso as partes escolham lei que implique violação à ordem pública, ou caso os árbitros apliquem lei violadora da ordem pública? Na mesma linha, o art. 39, caput e inciso II, da Lei de Arbitragem determina que a homologação da sentença arbitral estrangeira será denegada em caso de ofensa à ordem pública nacional²³². Faz

²²⁹ Não obstante, deve-se notar a tendência recente nos tribunais de, entendendo diversamente, afirmar a taxatividade das hipóteses de nulidade elencadas no art. 32 da Lei de Arbitragem (TJSP, *DJe* 31/10/2019, Ag 2165789-56.2019.8.26.0000, Rel. Des. Grava Brazil; TJSP, *DJe* 15/05/2019, AC 1138617-55.2016.8.26.0100, Rel. Des. Claudio Godoy; TJRJ, *DJe* 30/10/2017, AP 0385388-96.2014.8.19.0001, Rel.^a. Des.^a. Denise Levy Tredler; STJ, *DJe* 01/08/2017, REsp 1.636.102/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva). O mesmo entendimento também é compartilhado por alguns autores, v. LEMES, Selma Maria Ferreira, A Sentença Arbitral, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 4, 2005, p. 3.

²³⁰ Citando precedente da Suprema Corte estadunidense (U.S. Supreme Court, j. 01.dez.1987, *United Paperworkers Int'l Union v. Misco, Inc.*, 484 U.S. 29), Gary B. Born comenta que, em jurisdições do sistema da *common law*

em que não há previsão legal expressa reconhecendo a ordem pública como hipótese de anulação de sentenças arbitrais (como nos Estados Unidos), ela é aplicada com base no princípio geral em matéria contratual segundo o qual um tribunal pode se recusar a dar efetividade a contratos que violem a ordem pública (BORN, Gary B., *International Arbitration: Cases and Materials*, Paris: Kluwer International Arbitration, 2015, p. 1159-1163).

²³¹ Lei de Arbitragem, art. 2º, § 1º: “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

²³² Lei de Arbitragem, art. 39, *caput* e inciso II: “A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que (...) a decisão ofende a ordem pública nacional”.

sentido examinar a ordem pública da sentença arbitral proferida no exterior (ainda que com base na lei brasileira), e ignorar esse aspecto para a sentença arbitral proferida no Brasil²³³?

Todos esses argumentos conduzem à conclusão de que a violação à ordem pública deve ser fundamento válido para anulação de sentença arbitral. Ademais, não obstante a

ausência de menção expressa à ordem pública como fundamento para anulação da sentença arbitral, a maior parte da doutrina que examinou o ponto reconhece a admissibilidade do fundamento. Além da primeira autora²³⁴, são exemplos dessa orientação Carlos Alberto Carmona²³⁵, Pedro Batista Martins²³⁶, Cândido Rangel

²³³ Nesta linha, a Terceira Turma do STJ, tratando de ação anulatória de sentença arbitral, não obstante tenha rejeitado a alegação de violação à ordem pública, afirmou o seguinte: “Em que pese o alto grau de indeterminação do conceito de ‘ordem pública’ - variável dado o momento histórico -, este deve compreender toda a gama de princípios e valores incorporados na ordem jurídica interna, com alto grau de normatividade, portanto, que se revelem fundamentais ao Estado, razão pela qual são de observância obrigatória pelo direito estrangeiro (como condição de eficácia) e, por interpretação ampliativa, pelo Juízo arbitral” (STJ, *DJe* 19/03/2019, REsp 1.660.963/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze).

²³⁴ TIBURCIO, Carmen, *Arbitragem Interna e Internacional: Aspectos Teóricos e Práticos*, 2023, Salvador: Juspodvm, p. 373 e ss.

²³⁵ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei n. 9.307/96*, 2009, São Paulo: Atlas, p. 399: “A ação anulatória implantada em nosso sistema não se presta, bem se vê, a rever a justiça da decisão ou o fundo da controvérsia, mas apenas a desconstituir os efeitos da decisão arbitral por inobservância ou infração de matérias de ordem pública que o sistema legal impõe como

indispensáveis à manutenção da ordem jurídica. Estas matérias do art. 32 “sintetizam o Estado na administração da justiça”, 106 e sua taxatividade deve ser bem compreendida: o dispositivo sintetiza os preceitos de ordem pública que o Estado não permite sejam superados, de tal sorte que a premissa do próprio dispositivo em questão é a defesa da ordem pública de modo geral. Espera o legislador, portanto, que todas as hipóteses de ofensa à ordem pública possam ser reduzidas ou reconduzidas a um dos incisos mencionados. Nem sempre, porém, isto irá ocorrer: basta pensar na hipótese de os árbitros deixarem de aplicar corretamente uma lei que seja de ordem pública (e que não esteja direta ou concretamente enquadrada na síntese proporcionada pelo art. 32 da Lei de Arbitragem) para que se introduza elemento novo no problema, com o qual nossos tribunais ainda não tiveram oportunidade de lidar”, p. 415: “a possibilidade de impugnar a sentença arbitral que ofenda a ordem pública corresponde à melhor interpretação dos valores preservados na Carta Constitucional”.

²³⁶ MARTINS, Pedro Batista, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, 2008, Rio de Janeiro: Forense, p. 319-320.

Dinamarco²³⁷, Leonardo Greco²³⁸, Ruy
Rosado de Aguiar²³⁹, Leonardo

Beraldo²⁴⁰, Flávio Tartuce e Gracileia
Monteiro Tartuce²⁴¹ e Humberto

²³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A arbitragem na teoria geral do processo*, 2013, São Paulo: Malheiros, p. 243: “(...) de um vício constitucional que as põe sob a mira da ação anulatória as sentenças arbitrais proferidas sem a necessária correspondência com os elementos da demanda proposta perante os árbitros (partes, causa de pedir, pedido). Como em última análise as sentenças proferidas ultra vel extra petita partium são ultrajantes à garantia constitucional do contraditório, por esse motivo elas se sujeitam ao crivo da ação anulatória (LA, art. 32, inc. VIII, c/c art. 21, §2º). Nesses e em outros possíveis casos de infração a normas explícitas da Lei de Arbitragem ou do Código de Processo Civil, sempre que houver uma violação à Constituição, ainda que reflexa, essa violação poderá ser causa de nulidade e fundamento para a ação anulatória”.

²³⁸ GRECO, Leonardo, Controle Jurisdicional da Arbitragem, *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 15, 2018, p. 7-22, especialmente p. 17/18. No mesmo sentido, mas aparentemente de forma bastante excepcional, ALMEIDA, Ricardo, *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*, 2005, p. 272: “Não há dúvida, porém, que a invalidação da sentença arbitral com fundamento em violação à ordem pública é remédio que deve ser manejado com extremo cuidado e parcimônia pelos juízes, em eventual ação anulatória de sentença prolatada no território nacional, seja em arbitragem interna, seja em arbitragem internacional (e com maior razão nesta última)”.

²³⁹ AGUIAR, Ruy Rosado de, Arbitragem, os Precedentes e a Ordem Pública. IN: Superior Tribunal de Justiça (org.), *Doutrina: Edição Comemorativa 30 anos do STJ*, Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 193-224: “[Q]uando a sentença viola lei de conteúdo de ordem pública, ou quando o precedente consiste em enunciado de ordem pública, parece caso de anulação, não com base no disposto no art. 32, mas no art. 2º, § 1º. Não porque desatenda à lei ou ao precedente, mas porque viola a ordem pública”.

²⁴⁰ BERALDO, Leonardo de Faria, *Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*, 2014,

São Paulo: Atlas, p. 483-4: “(...) há algumas situações que, se ocorrerem, devem estar sujeitas à apreciação do Poder Judiciário, sob pena de macular o sistema imaginado pela LA, sendo exemplo disso a violação à ordem pública, que, apesar de não estar enumerada no rol do art. 32, por certo, deve ser considerada como uma causa de invalidade da sentença arbitral”; p. 513: “a violação da ordem pública não está elencada expressamente no rol do art. 32 da Lei de Arbitragem, contudo, é óbvio que a infringência a esse pilar da arbitragem levará o julgado à invalidade. Ora, tamanha é a importância da ordem pública na Lei de Arbitragem que, segundo o § 1º do art. 2º, as partes podem escolher as regras que regerão o processo arbitral, desde que respeitada a ordem pública e os bons costumes, e, nos termos do art. 39, II, será denegada a homologação para reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira se o STJ constatar que a decisão ofende a ordem pública nacional”. E arremata, na linha do que defendemos neste artigo: “dessa forma, não nos resta dúvida de que será inválida a sentença arbitral que desrespeitar a ordem pública. Exemplo disso é a não aplicação da prescrição ou da decadência corretamente, nos termos da lei civil; lembrando que, para alguns, prescrição não é matéria de ordem pública (...) não obstante os bons argumentos supralançados, pedimos vênia para discordar. Não é a possibilidade de se buscar a prestação jurisdicional com base em violação à ordem pública que fará com que as ações anulatórias se proliferem. A parte mal-intencionada sempre encontrará argumentos para dar sustentáculo à frívola demanda, logo, não nos parece razoável que se queira atribuir, à ordem pública, a culpa disso tudo”.

²⁴¹ TARTUCE, Flávio e TARTUCE, Gracileia Monteiro, *Da impugnação da sentença arbitral nacional no Brasil. Análise do rol do art. 32 da lei de arbitragem brasileira*, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 2, 2020, p. 504: “Voltando ao âmago da discussão deste artigo, a posição por nós defendida é a de que apenas uma situação a mais pode ser admitida para a invalidade da sentença arbitral, além do rol do art. 32 da Lei de

Santarosa²⁴², dentre outros. Cite-se como um dos raros exemplos de rejeição expressa à ordem pública como fundamento para anulação de sentença arbitral a opinião de Rodrigo Garcia da Fonseca²⁴³, bem como de Gustavo da Rocha Schmidt, Daniel Brantes Ferreira e Rafael Carvalho de Oliveira²⁴⁴.

Bem contextualizada a questão, é interessante notar que, na jurisprudência, uma parte importante das afirmações no sentido de que o rol do art. 32 é taxativo é desacompanhada do exame específico da admissibilidade da violação à ordem pública como fundamento admissível para a ação anulatória. De fato, é possível encontrar

Arbitragem, qual seja, a violação à ordem pública"; No mesmo sentido, aparentemente, RICCI, Edoardo Flavio, A Impugnação da Sentença Arbitral Como Garantia Constitucional, *Revista de Processo*, v. 24, 1999, p. 17-27: "Um dos aspectos mais importantes da disciplina da arbitragem reside na possibilidade de impugnação judicial da sentença nela proferida, prevista não só na lei (arts. 32 e 33, Lei 9.307/96), mas também, e sobretudo, na Constituição".

²⁴² OLIVEIRA, Humberto Santarosa de, Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública. IN: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo: DALLA, Humnerto (org.), *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015*, v. 1., Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018: "Ainda que respeitado, o argumento não convence. A ausência da ordem pública no rol do art. 32 da Lei de Arbitragem não pode ser vista como um empecilho ao seu reconhecimento como causa de anulação da sentença arbitral. Ela é uma hipótese válida, seja por ser fator de afirmação do sistema legal dos próprios Estados Soberanos, seja por ser um pressuposto de constituição da arbitragem (nos termos do art. 2º, §1º, da Lei 9.307/9639). A própria doutrina reconhece que as previsões elencadas na Lei de Arbitragem não excluem da apreciação do Poder Judiciário outras hipóteses de revisão da sentença arbitral, ou seja, "apesar das legislações dos Estados membros do MERCOSUL apresentarem listas com motivos precisos, nada faz concluir que elas possuem um caráter taxativo.". De nada adiantaria a ordem pública ser vista como o pilar de sustentação da arbitragem – além de ser fundamento do próprio Direito –, podendo inclusive nulificar a própria

cláusula compromissória que atente contra seu objeto, se não se pudesse decretar a nulidade da decisão arbitral por sua violação".

²⁴³ FONSECA, Rodrigo Garcia da, Reflexões Sobre a Sentença Arbitral, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, 2005, p. 12-13.

²⁴⁴ SCHMIDT, Gustavo da Rocha, FERREIRA, Daniel Brantes e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *Comentários à Lei de Arbitragem*, São Paulo: Método, 2021, p. 279: "Os vícios legais que autorizam a anulação da sentença arbitral encontram-se taxativamente indicados no art. 32 da Lei de Arbitragem. Existem defeitos intrínsecos e extrínsecos ao procedimento arbitral que podem ensejar a desconstituição da sentença correlata. Com efeito, tanto eventuais máculas na convenção de arbitragem (defeitos extrínsecos), como vícios no procedimento arbitral e na própria sentença (defeitos intrínsecos), podem acarretar a invalidação do decurso. De acordo com o STJ, o art. 32 da Lei apresenta rol taxativo (*numerus clausus*), admitindo-se a propositura de ação anulatória apenas nas hipóteses indicadas em seus incisos (...) O rol exaustivo do art. 32 representa um conjunto de garantias mínimas assegurado às partes de que, em caso de renúncia voluntária à jurisdição estatal, mediante a contratação da via arbitral como método de solução de conflitos, o procedimento a ser seguido respeitará o devido processo legal e de que o julgamento será feito nos limites da convenção de arbitragem, com observância das escolhas feitas. Exatamente por isso, as partes não podem renunciar previamente à incidência dos arts. 32 e 33 da Lei, normas verdadeiramente cogentes, de ordem pública. Somente o *error in procedendo* autoriza a desconstituição da sentença arbitral; jamais o *error in iudicando*".

um número expressivo de decisões que afirmam que o rol do art. 32 da Lei de Arbitragem é taxativo²⁴⁵.

Tais afirmações, contudo, normalmente constam em decisões de casos nos quais a natureza taxativa ou exemplificativa do rol do art. 32 não constitui o cerne da questão, de modo que o registro parece ser feito apenas com o propósito de descrever genericamente o quadro normativo aplicável aos pedidos de anulação de sentenças arbitrais. Mesmo estas afirmações são por vezes acompanhadas da observação de que,

embora taxativo, as hipóteses previstas no art. 32 comportam “*interpretação razoavelmente aberta*”, conforme consignado pelo Superior Tribunal de Justiça, “*com o propósito de preservar, em todos os casos, a ordem pública*”²⁴⁶.

Quando provocados a decidir especificamente o ponto, os tribunais já demonstraram ser, em algumas oportunidades, receptivos, em tese, à inclusão da ordem pública entre as hipóteses de anulação da sentença

²⁴⁵ TJ/SP, j. 17/12/2018, Agravo de Instrumento 2229177-64.2018.8.26.0000, Rel. Des. Grava Brazil. No mesmo sentido, TJ/SP, j. 12/12/2016, Apelação 1094855-57.2014.8.26.0100, Rel. Des. Gilberto Leme: “Por fim, a questão a respeito de violação de questão de ordem pública, além de não provada, como a própria apelante reconhece em sua petição inicial, não faz parte do rol taxativo previsto no art. 32 da lei n.º 9.307/96”.

²⁴⁶ STJ, DJ 29/03/2019, REsp 1660963, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA ARBITRAL. CONFLITO DE INTERESSES DIRIMIDO PELO TRIBUNAL ARBITRAL, SURGIDO NO BOJO DE CONTRATO DE CESSÃO DE QUOTAS SOCIAIS. 1. HIPÓTESES DE CABIMENTO. TAXATIVIDADE. 2. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA ANTE O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL. NÃO OCORRÊNCIA. 3. LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA DO JULGADOR. FUNDAMENTAÇÃO COESA E COERENTE A EVIDENCIAR A DESNECESSIDADE, E MESMO IDONEIDADE, DA PROVA REQUERIDA. RECONHECIMENTO. 4. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO DE ORDEM PÚBLICA (BOA-FÉ OBJETIVA). PRETENSÃO DE REVISAR A JUSTIÇA DA DECISÃO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O excepcional controle judicial promovido por meio de ação anulatória, prevista

no art. 33 da Lei n. 9.307/1996, não pode ser utilizado como subterfúgio para se engendrar o natural inconformismo da parte sucumbente com o desfecho conferido à causa pelo Juízo arbitral, como se de recurso tratasse, com o simples propósito de revisar o mérito arbitral. 1.1 A ação anulatória de sentença arbitral há de estar fundada, necessariamente, em uma das específicas hipóteses contidas no art. 32 da Lei 9.307/1996, ainda que a elas seja possível conferir uma interpretação razoavelmente aberta, com o propósito de preservar, em todos os casos, a ordem pública e o devido processo legal e substancial, inafastáveis do controle judicial. (...). 4. Em que pese o alto grau de indeterminação do conceito de “ordem pública” variável dado o momento histórico, este deve compreender toda a gama de princípios e valores incorporados na ordem jurídica interna, com alto grau de normatividade, portanto, que se revelem fundamentais ao Estado, razão pela qual são de observância obrigatória pelo direito estrangeiro (como condição de eficácia) e, por interpretação ampliativa, pelo Juízo arbitral. (...). 4.2 A argumentação expendida pela insurgente de que a sentença arbitral violou o princípio da boa-fé objetiva evidencia, às escâncaras, o propósito de revisar a justiça da decisão arbitral, a refugir por completo das restritas e excepcionais hipóteses de cabimento da ação anulatória. 5. Recurso especial improvido”

arbitral²⁴⁷⁻²⁴⁸. Nesse cenário, cumpre examinar os casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário envolvendo a violação à ordem pública por sentenças arbitrais. O conjunto de hipóteses qualificadas pelas partes como violadoras da ordem pública é heterogêneo, mas tem o mesmo desfecho, a saber, a improcedência.

Como um dos reflexos relevantes da tendência já identificada dos tribunais de não rever o mérito das sentenças arbitrais, o ônus probatório imposto aos autores de ações anulatórias para demonstrar a violação à ordem pública é extremamente alto. Afirmou-se em uma decisão sobre o tema que a violação

apontada deve ser “*manifesta e teratológica*”, devendo ainda se tratar de “*ofensa flagrante à norma de ordem pública*”²⁴⁹. Por evidente, a fixação deste grau de exigência reduz sobremaneira as chances de êxito do argumento. Alguns casos são relevantes e merecem ser relatados.

O primeiro digno de registro, pois se trata de questão raramente debatida, consiste em decisão do TJ/SP que considerou que a inobservância de regras de legislação especial em favor da aplicação das regras gerais do Código Civil não constitui violação à ordem pública²⁵⁰. Não se ignora que se tratava de decisão que apreciou recurso

²⁴⁷ TJ/SP, j. 16/08/2017, Apelação 0029117-50.2011.8.26.0002, Rel. Des. Hamid Bdine: “Apelação. Ação declaratória de nulidade de sentença arbitral. Cabimento fora do rol previsto no art. 32 da Lei n. 9.307/96. Exceção. Matéria de ordem pública”.

²⁴⁸ TJ/SP, j. 22/11/2022, Apelação Cível 1069347-70.2018.8.26.0100, Rel. p/ acórdão Des. Sergio Shimura: “**VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA E AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.** A arbitragem é permitida desde que não viole a ordem pública e atenda ao princípio, legal e constitucional, do contraditório (art. 2o, § 1o, Lei n. 9.307/1996; art. 5o, LV, CF). Havendo ofensa a tais normas, a sentença arbitral é nula (art. 32, VIII, Lei n. 9.307/1996). Na espécie, a decisão arbitral violou a um só tempo tanto norma de ordem pública, como o princípio, legal e constitucional, do contraditório (art. 5o, LV, CF). **SIMULAÇÃO** Havendo simulação, há nulidade do negócio jurídico (art. 166, VII, Código Civil), marcadamente quando perpetrada em prejuízo de terceiro (autora PATRÍCIA), que não teve oportunidade de intervir nem se defender no procedimento arbitral”.

²⁴⁹ TJ/SP, j. 29/07/2019, Apelação 1099246-21.2015.8.26.0100, Rel. Des. Alexandre Marcondes: “Arbitragem. Ação anulatória de sentença arbitral. Alegação do autor de que a sentença arbitral ofendeu norma de ordem

pública ao reconhecer a prescrição de sua pretensão. Ação anulatória que se presta ao exame de ofensa a norma de ordem pública. Violação que deve ser manifesta e teratológica. A sentença arbitral examinou, fundamentadamente, os argumentos suscitados pelo autor. Ausente ofensa flagrante à norma de ordem pública, a ação anulatória não poderia ser admitida, como bem considerou a sentença”.

²⁵⁰ TJ/SP, j. 26/04/2022, Agravo de Instrumento 2063806-09.2022.8.26.0000, Rel. Des. Grava Brazil: “Sustenta que esses fatos novos justificariam a formulação de novo pedido de tutela de urgência, em acréscimo aos seguintes argumentos: (...) ; (ii) inobservância de aplicação da legislação especial de regência em detrimento de norma genérica para fins de aferição da prescrição; (...) No que tange às alegações relacionadas à violação contratual e de princípios e normas materiais atinentes à força obrigatória dos contratos, boa-fé objetiva, interpretação contratual e prescrição, tudo isso concerne ao mérito da disputa submetida à arbitragem. Em particular, observa-se, da leitura da sentença arbitral (fls. 518/515, integrada pela decisão de fls. 536/540, da origem), que os árbitros apreciaram e interpretaram o contrato e sua natureza, e aplicaram o direito brasileiro, inclusive em matéria de prescrição, conforme entenderam ser correto no caso. Não compete

interposto contra decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela formulado pela autora de ação anulatória. Embora não tenha examinado a fundo o mérito do pedido anulatório, o argumento foi rejeitado.

Em outro caso, o autor da ação anulatória alegou a violação a normas fundamentais do direito brasileiro, entre as quais o direito fundamental ao trabalho e a vedação ao enriquecimento sem causa. Tais argumentos foram igualmente rejeitados²⁵¹. Ao apreciar a apelação cível proposta em face da decisão de primeira instância que julgou improcedente a demanda anulatória, o TJ/SP considerou que *“a mera discordância da parte acerca da interpretação dos fatos, do conjunto probatório e das normas invocadas, sejam ou não de ordem pública, não justifica a propositura da ação anulatória da sentença arbitral, tendo em vista que não cabe ao Poder Judiciário rever o mérito da decisão”*²⁵².

Os casos bem-sucedidos de invocação do argumento da ordem pública dizem respeito a questões específicas e extremamente peculiares. Exemplificativamente, há um número relevante de decisões reconhecendo que viola a ordem pública a sentença arbitral que, inclusive causando prejuízo a terceiros, permite a compensação de

créditos entre as partes da arbitragem quando uma delas se encontrar em liquidação extrajudicial. Afora casos como esse, embora em tese excepcionalmente admitida como fundamento para a anulação da sentença arbitral, a violação à ordem pública não encontra terreno fértil na jurisprudência.

O cenário descrito parece constituir um equilíbrio adequado entre preservação da higidez de sentenças arbitrais e proteção à ordem pública. Há boas razões para acreditar que a ausência de previsão legal expressa autorizando a anulação de sentenças arbitrais por violação à ordem pública influenciou a jurisprudência, que tem adotado uma concepção restritiva de ordem pública, raramente anulando sentença arbitral por tal fundamento. Do ponto de vista objetivo, o ponto se revelou menos controvertido do que antecipado: admite-se a ordem pública como fundamento para anulação, mas restringe-se seu campo de incidência ao mínimo necessário para preservação do sistema jurídico.

3. A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES VINCULANTES E SUA INFLUÊNCIA SOBRE O CONTROLE DE SENTENÇAS ARBITRAIS

ao Poder Judiciário rever o mérito da sentença arbitral, para dizer se foi ou não acertada. Em exame de cognição sumária, quanto a essas alegações, não se está na presença de nenhuma das hipóteses taxativas de nulidade da sentença arbitral elencadas no art. 32, da 9.307/1996”.

²⁵¹ TJ/SP, j. 23/10/2019, Apelação Cível 1094462-30.2017.8.26.0100, Rel. Des. Alexandre Lazzarini: “ALEGAÇÃO DE QUE A SENTENÇA

OFENDEU NORMAS DE ORDEM PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO, PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, REDUÇÃO EQUITATIVA DE MULTA. ARTS. 884, 885 E 413, CC. QUESTÕES INERENTES AO PRÓPRIO MÉRITO DA SENTENÇA ARBITRAL”.

²⁵² TJ/SP, j. 23/10/2019, Apelação Cível 1094462-30.2017.8.26.0100, Rel. Des. Alexandre Lazzarini.

Outra questão debatida desde o advento do Código de Processo Civil foi se a sentença arbitral poderia ser invalidada por ter deixado de observar precedente vinculante. Isto porque, o art. 489, § 1º, VI do CPC, não considera fundamentada a decisão judicial que “*deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*”. Estaria o árbitro, assim como o juiz togado, obrigado a observar a interpretação acerca de determinado texto legal que desponta consagrada pelos tribunais, sob pena de anulabilidade da sentença?

Em artigo publicado logo após o advento do CPC, José Rogerio Cruz e Tucci defendeu que sim. Para o professor da USP, o árbitro teria o ônus de justificar que a súmula ou precedente invocado pela parte não tem incidência na hipótese concreta, sob pena de ser considerada formalmente viciada pelo Poder Judiciário²⁵³.

O Min. Ruy Rosado adotou posicionamento similar, ressaltando a distinção entre precedentes vinculantes e as demais decisões proferidas pelo Poder Judiciário:

*Portanto, excluídos os precedentes vinculantes do STF, que são imperativos a todos por disposição constitucional, os demais precedentes em princípio não vinculam o árbitro. Só o serão quando a sentença desconhecer ou contrariar o preceito de ordem pública que o precedente eventualmente expressar*²⁵⁴.

Em franca discordância com o posicionamento anterior, no entanto, André Roque e Fernando Gajardoni entendem não haver razão para que a inobservância ao precedente pela sentença arbitral seja tutelada de forma mais enérgica do que a violação à lei. Embora indesejável, tratar-se-ia de *error in iudicando* pelo árbitro, o que escaparia aos domínios da ação anulatória, segundo os autores²⁵⁵.

É interessante posicionar historicamente a discussão. Trata-se fundamentalmente de discussão iniciada após a vigência do CPC²⁵⁶ e que diz respeito sobretudo aos *precedentes normativos*, isto é, decisões às quais a legislação processual atribui força vinculante. Não se pode identificar na doutrina discussão de dimensões comparáveis anterior à vigência do CPC e

²⁵³ TUCCI, José Rogerio Cruz e, *O Árbitro e a Observância do Precedente Judicial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial> acesso em 24.fev.2024.

²⁵⁴ AGUIAR, Ruy Rosado de, Arbitragem, os Precedentes e a Ordem Pública. In: Superior Tribunal de Justiça (org.), *Doutrina: Edição Comemorativa 30 anos do STJ*, Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 193-224.

²⁵⁵ ROQUE, Andre Vasconcelos, GAIARDONI, Fernando da Fonseca, *A Sentença Arbitral Deve*

Seguir Precedente Judicial do Novo CPC? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>. Acesso em: 24/02/2024.

²⁵⁶ Para um panorama completo da discussão, v. CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond, *Precedentes judiciais na arbitragem: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo direito brasileiro* (USP, dissertação), 2021.

que tenha como referencial decisões não vinculantes proferidas pelo Judiciário.

Na jurisprudência, não se identificou casos nos quais a inobservância da jurisprudência tenha sido considerada fator determinante para a anulação de sentença arbitral. O argumento é raramente utilizado pelas partes e, nos casos identificados, foi rejeitado pelos tribunais examinados²⁵⁷. Mesmo o argumento mais modesto de que a contrariedade à jurisprudência representa violação à ordem pública não obteve acolhimento por parte dos tribunais²⁵⁸. Vale observar, finalmente,

que o simples fato de a sentença arbitral ter mencionado pareceres jurídicos também já foi considerado relevante para afastar a alegação de negativa de vigência ao direito positivo brasileiro²⁵⁹, a indicar o alto grau de deferência a decisões arbitrais.

Em síntese, portanto, o argumento de violação à jurisprudência se restringe aos casos nos quais há violação a precedentes normativos. Fora desse cenário, o argumento apenas terá relevância quando a sentença arbitral que contraria a jurisprudência violar, por via reflexa, a ordem pública.

²⁵⁷ TJ/SP, j. 13/09/2022, Agravo de Instrumento 2196925-66.2022.8.26.0000, Rel. Des. Moraes Pucci: “O agravante ajuizou esta ação anulatória da sentença arbitral alegando que: (...) (f) a sentença arbitral é nula, por não ter observado o entendimento do E. STJ no REsp 1.481.644-SP, sendo necessária o ajuizamento da ação judicial; (...) Não há, porém, no presente caso, indicação de que ocorreram quaisquer dos vícios mencionados no art. 32. A ação de despejo pode ser proposta na esfera arbitral, ficando a execução da sentença condicionado ao juízo estatal, o que ocorreu no presente caso”.

²⁵⁸ TJ/SP, j. 8/11/2018, Apelação 1058996-72.2017.8.26.0100, Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira: “Segundo as razões apresentadas, contrariando a legislação vigente, a decisão do Tribunal Arbitral se baseou na equidade, expressamente vedada em cláusula que instituiu a arbitragem, sendo proferida por maioria de votos e sem que se aplicasse à discussão travada o direito brasileiro. (...) **Ainda segundo as razões apresentadas, houve violação da ordem pública, ao não se considerar precedentes jurisprudenciais, considerando a natureza compensatória da cláusula 12.1 do contrato, com infringência ao disposto no artigo 489, § 1o, VI, do CPC. (...) O que se pode concluir do processado é que o Tribunal Arbitral se debruçou sobre tema interpretativo e considerou que faria jus a apelante somente a uma multa que**

entendeu ser de natureza compensatória, limitando-a a 10% do valor do contrato. Não se vê desta decisão clara infração aos artigos de lei mencionados nas razões do apelo e nem se pode dizer que estava aquele tribunal jungido à melhor interpretação dos dizeres do contrato, de acordo com diretrizes da jurisprudência de Tribunais Pátrios. Agia o Tribunal dentro dos limites de sua competência, posto que partes capazes se interessaram em submeter a solução de seus litígios a ele, tal como estabelecido no artigo 3o da lei 9.307/96” (negrito acrescido).

²⁵⁹ TJ/SP, j. 2/12/202, Apelação Cível 1039406-51.2013.8.26.0100, Rel. Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca: “Partindo-se de tais premissas, verifica-se que, ao contrário do que foi alegado pela autora, o tribunal arbitral não negou vigência às normas brasileiras. Com efeito, o tribunal arbitral analisou os fatos também à luz da legislação brasileira (fls. 148-150; 153-168), e, assim, rejeitou as alegações de simulação e de violação direta e indireta da legislação brasileira, amparando suas conclusões também em pareceres de juristas que entenderam pela regularidade dos negócios jurídicos impugnados pela autora; concluindo, por fim, pela regularidade desses negócios jurídicos, analisando- os, tanto como operações independentes, quanto como operações coligadas entre si”.

Nesse caso, contudo, a violação à jurisprudência constitui apenas um reforço ao argumento de violação à ordem pública – com as dificuldades já apontadas acima – e não propriamente um fundamento autônomo para a anulação.

4. O JULGAMENTO POR EQUIDADE COMO VIOLAÇÃO À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

É importante mencionar, ainda, os casos em que as partes escolheram o direito aplicável à disputa e interditaram a decisão da controvérsia por equidade. Essa premissa exige que o presente estudo examine as chances de êxito de ação anulatória fundada em julgamento *por equidade* do Tribunal Arbitral. Objetivamente, este argumento pareceu ainda menos promissor do que aquele referente à violação da ordem pública. Em termos práticos, qualquer referência constante na sentença arbitral a normas jurídicas tem sido considerada suficiente

para afastar a qualificação de julgamento por equidade.

De forma ilustrativa, e sintomática, uma decisão do TJ/SP parece indicar que a configuração de uma decisão por equidade dependeria do uso de tal qualificação na própria decisão impugnada. Mesmo desconsiderando tal interpretação mais literal, é indubitado que a decisão conferiu bastante discricionariedade aos tribunais arbitrais, contentando-se com a referência, pela sentença arbitral, a “*normas positivadas*” e “*princípios contratuais*”²⁶⁰.

Na mesma linha, em um dos casos encontrados, registrou-se inexistir “*(...) decisão por equidade (afastamento do direito positivo, superação da lei escrita e/ou criação de normas particulares pelos julgadores), haja vista que os árbitros parecem ter utilizado, quando do julgamento, os critérios de interpretação dos negócios jurídicos impostos pelo próprio Código Civil*”²⁶¹. Isto é: a mera referência aos “*critérios*

²⁶⁰ TJ/SP, j. 07/11/2013, Apelação 0133123-71.2012.8.26.0100, Rel. Des. Fortes Barbosa: “Os árbitros, também, não anunciaram terem proferido um julgamento com fulcro na equidade e não há qualquer razão para crê que tenham proferido julgamento com base exclusiva na “justiça do caso particular, levadas em conta as peculiaridades que possa apresentar” (J.M. Othon Sidou e outros, Dicionário Jurídico Academia Brasileira de Ciências Jurídicas, 2a ed, Forense, Rio de Janeiro, 1991, p.227). Além de prever o artigo 26, inciso II da Lei 9.307 a necessidade de declaração expressa, há, no caso concreto, uma série de referências às normas positivadas e aos princípios do direito contratual, o que descarta tal proposição, já repelida pelos árbitros, quando prestaram esclarecimentos posteriores à sentença arbitral”.

²⁶¹ TJ/SP, j. 14/06/2021, Agravo de Instrumento 2023260-43.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ana Lucia Romanhole Martucci: “à luz de um cotejo analítico entre, de um lado, os conceitos e lições doutrinárias supramencionados e, de outro, a sentença arbitral e os correlatos esclarecimentos (fls. 779/817 e 860/875 dos autos de origem), tem-se que, ao menos em um juízo de cognição sumária, não se vislumbra a existência de decisão por equidade (afastamento do direito positivo, superação da lei escrita e/ou criação de normas particulares pelos julgadores), haja vista que os árbitros parecem ter utilizado, quando dos julgamento, os critérios de interpretação dos negócios jurídicos impostos pelo próprio Código Civil, ou seja, pelo direito brasileiro positivo. Logo, ao menos por ora, não se verifica violação à cláusula 7.1 do Termo de Arbitragem: ‘Aplica-se

de interpretação” foi considerada suficiente para afastar a alegação de decisão por equidade.

De forma similar, já se decidiu que a interpretação das “*normas de direito estrito*” pelo Tribunal Arbitral não é suscetível de revisão pelo Poder Judiciário²⁶². A leitura da decisão indica que apenas a completa ausência de contato entre as normas jurídicas vigentes no Brasil e a sentença arbitral ensejaria a conclusão de que se trataria de decisão por equidade.

Não é incomum, ainda, encontrar decisões que, para rejeitar a ação anulatória, introduzem a distinção entre julgamentos *com equidade* e julgamentos *por equidade*²⁶³. Conforme a

linha de decisões que sustenta esta distinção, os julgamentos *com equidade* correspondem à boa aplicação do direito, com observância das peculiaridades do caso concreto, ao passo em que o julgamento *por equidade* teria como única referência o senso de justiça do julgador.

Especialmente em relação a aspectos naturalmente mais sujeitos à apreciação subjetiva, como a fixação da extensão do dano, a jurisprudência tem se recusado a reconhecer a existência de julgamento por equidade²⁶⁴. Esta tendência decorreria da natureza cada vez mais aberta dos comandos jurídicos²⁶⁵ e da vigência da noção de

a esta Arbitragem o direito brasileiro, não estando os árbitros autorizados a decidir por equidade.”.

²⁶² TJ/SP, j. 20/10/2015, Apelação Cível 1046552-75.2015.8.26.0100, Rel. Des. Claudio Godoy: “O que se quer com isto dizer é que a matéria, que foi apreciada pelo Tribunal Arbitral, não se revela, propriamente, ligada à legalidade, senão ao convencimento dos juízes privados sobre questão jurídica. (...) [A equidade] É a liberação, para os árbitros, do direito estrito (Idem, ibidem), nada, porém, do que se considere no feito sucedido. Algo diverso é sua própria interpretação do direito estrito e que traduz convencimento não revisível, todavia, pelo Poder Judiciário”.

²⁶³ TJ/SP, j. 30/07/2018, Apelação 1047986-36.2014.8.26.0100, Rel. Des. Ricardo Negrão: “A condenação da apelante no pagamento de multa contratual e de astreintes, ditas desproporcional e abusiva, não implica em julgamento por equidade. No caso sub judice, evidente que a árbitra não julgou por equidade, e sim com equidade”. V. também TJ/SP, j. 30/07/2018, Apelação 1070587-70.2013.8.26.0100, Rel. Des. Ricardo Negrão.

²⁶⁴ TJ/SP, j. 11/03/2015, Apelação 4007325-61.2013.8.26.0564, Rel. Des. Fortes Barbosa:

“Fundamentação presente Ausência da menção da utilização de equidade (...) O compromisso e a sentença arbitral, ademais, como o realçado quando do julgamento da Apelação 0220847-50.2011.8.26.0100 por esta Câmara Reservada, não precisam conter uma descrição extremamente pormenorizada dos fatos que delimitam o litígio, bastando que contenham elementos suficientes para sua individuação, em consonância com os artigos 10, inciso III e 26, inciso I da Lei 9.307. Soma-se haver sido exposta fundamentação consentânea com o pedido formulado, indicada a responsabilidade dos apelantes por cinquenta por cento dos valores pagos ao fisco federal e julgado o pleito da apelada parcialmente procedente (fls.98)”. V. também: TJ/SP, 11/02/2015, Agravo de Instrumento 2205610-43.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior; TJ/SP, j. 22/05/2013, Apelação 0138539-25.2009.8.26.0100, Rel. Des. James Siano.

²⁶⁵ TJ/SP, j. 03/10/2016, Apelação 1049294-10.2014.8.26.0100, Rel. Des. Ricardo Negrão: “Destacou que a Mirae confunde equidade com discricionariedade autorizada, ou seja, imposta por lei, pois “a cada vez que a lei menciona “razoavelmente”, atribui ao juiz ou ao árbitro, conforme o caso, a obrigação de definir, de uma forma arrazoadada, no sentido clássico, ou seja,

livre convencimento motivado²⁶⁶, mas também do espaço próprio de conformação das normas jurídicas ao caso concreto.

O recurso a normas de baixa densidade normativa (e.g., princípios contratuais) e a ausência de menção expressa a dispositivos legais não têm sido considerados pela jurisprudência como vícios graves. Sem pretender ignorar a força normativa dos princípios e o distanciamento de uma perspectiva legalista do direito, este ponto merece ser objeto de exame mais detalhado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo, buscou-se demonstrar através de exemplos extraídos da jurisprudência que o Poder Judiciário tem apresentado alto grau de deferência às decisões proferidas por tribunais arbitrais. Ao contrário do que por vezes se imagina, o Brasil não pode ser, sob nenhum aspecto, considerado um exemplo de jurisdição hostil à arbitragem. A invalidação de decisões arbitrais por aspectos relacionados ao mérito é extremamente rara.

Deve-se, contudo, fazer uma ressalva final. A maior parte das pretensões anulatórias claramente

constituem mero inconformismo da parte vencida na arbitragem. Sendo esse o caso, os argumentos normalmente utilizados são frágeis e, não raramente, genéricos. Sob o risco de incorrerem em uma proteção excessiva da arbitragem – é preciso dizer: manter a higidez de sentenças arbitrais obviamente viciadas é um desserviço à arbitragem –, é preciso estar atento às peculiaridades de cada demanda anulatória e a eventuais fundamentos inéditos ou ainda pouco explorados no país. Este, talvez, seja o divisor de águas de uma nova fase na arbitragem no Brasil, para a qual, acreditamos, a comunidade arbitral já está pronta. Discutir o controle externo de procedimentos arbitrais com nuance e maturidade – sob a premissa, é claro, de que o instituto não esteja sob nova ameaça existencial – certamente será uma forma importante de melhorar a já elevada qualidade das arbitragens sediadas no país e manter nossa jurisdição na vanguarda global nesta seara.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado de, Arbitragem, os Precedentes e a Ordem Pública. In: Superior Tribunal de Justiça (org.), *Doutrina: Edição Comemorativa 30*

fundamentada e com as razões cabíveis, a sua conclusão. Isto, para casos em que, na prática, não é possível uma definição apriorística na lei. (...)”.

²⁶⁶ TJ/SP/j. 29/09/2021, Apelação Cível 1003761-72.2018.8.26.0428, Rel. Des. Grava Brazil: “Quanto ao inciso III, alegam que os árbitros decidiram por equidade em relação ao pró-labore dos administradores, sem afirmar expressamente que assim fizeram, em ofensa ao

art. 26, II, da Lei de Arbitragem. (...) Do exame dos autos, extrai-se ter havido, no procedimento arbitral, efetivo exercício do contraditório, observância da igualdade entre as partes, e ter sido a sentença arbitral prolatada de modo imparcial, de acordo com o livre convencimento motivado dos árbitros, fundamentada na lei brasileira aplicável e na prova documental e oral produzidas, ausente o alegado julgamento por equidade”.

- anos do STJ, Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 193-224.
- ALMEIDA, Ricardo, *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BERALDO, Leonardo de Faria, *Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*, São Paulo: Atlas, 2014.
- BORN, Gary B., *International Arbitration: Cases and Materials*, Paris: Kluwer Arbitration International, 2015.
- CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei n. 9.307/96*, São Paulo: Atlas, 2009.
- CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond, *Precedentes judiciais na arbitragem: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo direito brasileiro* (USP, dissertação), 2021.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo: Malheiros, 2013.
- FONSECA, Rodrigo Garcia da, Reflexões Sobre a Sentença Arbitral, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 6, 2005, p. 40-74
- GRECO, Leonardo, Controle Jurisdicional da Arbitragem, *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 15, 2018, p. 7-22.
- LEMES, Selma Maria Ferreira, A Sentença Arbitral, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 4, 2005, p. 26-33.
- MARTINS, Pedro Batista, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- OLIVEIRA, Humberto Santarosa de, Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública. IN: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo: DALLA, Humnerto (org.), *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015*, v. 1., Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 167-186
- RICCI, Edoardo Flavio, A Impugnação da Sentença Arbitral Como Garantia Constitucional, *Revista de Processo*, vol. 24, 1999, p. 17-27:
- ROQUE, Andre Vasconcelos, GAIARDONI, Fernando da Fonseca, A Sentença Arbitral Deve Seguir Precedente Judicial do Novo CPC? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>, acesso em 24.fev.2024.
- SCHMIDT, Gustavo da Rocha, FERREIRA, Daniel Brantes e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *Comentários à Lei de Arbitragem*, São Paulo: Método, 2021.
- TARTUCE, Flávio e TARTUCE, Gracileia Monteiro, *Da impugnação da sentença arbitral nacional no brasil. Análise do rol do art. 32 da lei de arbitragem brasileira*, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 2, 2020, pp. 465-509.
- TIBURCIO, Carmen, *Arbitragem Interna e Internacional: Aspectos Teóricos e Práticos*, Salvador: Juspodivm, 2023.
- TUCCI, José Rogerio Cruz e, *O Árbitro e a Observância do Precedente*

Judicial. Disponível em:
[http://www.conjur.com.br/2016-
nov-01/paradoxo-corte-arbitro-](http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-)

observancia-precedente-judicial
acesso em 24.fev.2024.

DA CORRELAÇÃO BIUNÍVOCA ENTRE GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS: REFLEXÕES SOBRE O CARÁTER CONDICIONANTE DO PROCESSO EM RELAÇÃO À CULPA.²⁶⁷

***THE BIUNIVOCAL CORRELATION BETWEEN CRIMINAL AND CRIMINAL PROCEDURAL
GUARANTEES: REFLECTIONS ON THE CONDITIONING NATURE OF THE PROCESS IN
RELATION TO GUILT.***

Daniel Prates Sternick

Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUC/RS. Bacharel em Direito pela PUC Minas. Advogado criminalista. E-mail: d.sternick@hotmail.com

Michel Wencland Reiss

Doutor em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Bacharel em Direito pela UFMG. Professor da Faculdade de Direito da ESDHC. Advogado criminalista. E-mail: michelwreiss@gmail.com

RESUMO: O presente artigo busca analisar o sétimo axioma do sistema garantista formulado por Luigi Ferrajoli, nulla culpa sine iudicio, com a finalidade de verificar tanto a relação condicional existente entre diversos tipos de garantias quanto o grau de ineficácia sistêmica gerado pela quebra de uma garantia. Inicia-se com uma exposição teórica do duplo sentido do princípio da jurisdicionariedade ou da submissão à jurisdição, extraído a partir do axioma, subdivido na submissão à jurisdição em sentido amplo, isto é, o juízo como exigência das garantias penais, que necessitam de um processo para que sejam concretizadas e efetivadas, e na submissão à jurisdição em sentido estrito, ou seja, a organização do juízo a partir do viés cognitivista próprio do

garantismo, em privilégio à estrutura acusatória que deve orientar o processo penal que se queira democrático. Em suma, afirma-se tanto a necessidade de um processo para efetivação das garantias penais quanto a regência desse processo por garantias outras que o permitam constituir de fato um juízo de comprovação. Segue com uma abordagem acerca da correlação existente entre os complexos de garantias de ordem penal e processual penal, ressaltando a condição recíproca de efetividade que um representa para com o outro e afirmando a expressão de continuidade que ambos manifestam entre si a partir do nexo que se constata entre eles. Após, será preciso apresentar as linhas gerais daquilo que seria uma estrutura acusatória de

²⁶⁷ Artigo recebido em 21/03/2024 e aprovado em 11/10/2024.

processo penal, apontando as principais garantias a serem observadas em tal sistema. Assim, partindo do modelo garantista ideal e mais especificamente da correlação que ele impõe, pretende-se demonstrar como não só a culpa, mas todo um emaranhado de garantias penais a ela inerentes são condicionados pelo respeito ao devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema garantista; Submissão à jurisdição; Garantias fundamentais; Correlação biunívoca.

ABSTRACT: The present article seeks to analyze the seventh axiom of the guarantee system formulated by Luigi Ferrajoli, *nulla culpa sine iudicio*, in order to verify both the conditional relationship between different types of guarantees and the degree of systemic ineffectiveness generated by the breach of a guarantee. It begins with a theoretical exposition of the double meaning of the principle of jurisdictionality or submission to jurisdiction, extracted from the axiom, subdivided into the submission to jurisdiction in the broad sense, i.e., the court as a requirement of criminal guarantees, which need a process in order to be concretized, and submission to jurisdiction in the strict sense, i.e., the organization of the court based on cognitivist bias proper to the guarantee system, in favour of the accusatory structure that should guide a criminal process that wants to be democratic. In short, affirms both the need for a process to make criminal guarantees effective and the need for this process to be governed by other guarantees that

allow it to actually constitute a judgement of proof. This is followed by an approach about the correlation between the complex of criminal and criminal procedural guarantees, emphasizing the reciprocal condition of effectiveness that one represents for the other and affirming the expression of continuity that both manifest among themselves based on the link that can be seen among them. After that, it will be necessary to present the general lines of what would be an accusatory structure of criminal procedure, pointing out the main guarantees to be observed in such a system. Thus, starting from the ideal guarantist model and more specifically the correlation it imposes, the aim is to demonstrate how not only guilt, but a whole tangle of criminal guarantees inherent to it, are conditioned by respect for the due process of law.

KEYWORDS: Guarantee System; Submission to Jurisdiction; Fundamental Guarantees; Biunivocal Correlation.

INTRODUÇÃO

A mera previsão normativa de direitos e garantias fundamentais não necessariamente significa a sua observância na prática. Aliás, ao menos no contexto brasileiro, parece que o simbolismo normativo vem se tornando praxe, sendo cada vez mais comum nos depararmos com um direito normativamente previsto sem, contudo, qualquer manifestação concreta na realidade social.

Reconhecendo essa discrepância, propõe-se a analisar o

sistema garantista, delineado por Ferrajoli na sua obra *Direito e Razão*²⁶⁸, sob o liame existente entre os seus diferentes complexos de garantias. Para tanto, deve-se expor o axioma *nulla culpa sine iudicio*, responsável pela associação da face substancial do sistema com a sua face processual.

Primeiro, o foco será apresentar detalhadamente o axioma, traduzido no princípio da jurisdicionariedade ou submissão à jurisdição, pormenorizando as nuances surgidas a partir do seu duplo sentido. Depois, considerando a insuficiência de um complexo de garantias penais sem o respaldo de um correlato processual, passa-se à análise da correlação entre garantias penais e processuais penais, frisando a significação que tais complexos externam para com o sistema garantista. Com efeito, faz-se necessário abordar como as garantias penais e as garantias processuais estruturam-se, respectivamente, a partir do princípio da legalidade e do princípio da jurisdicionariedade. Espera-se, ao final, ter demonstrado que tal correlação nada mais é do que “o reflexo do nexó específico entre lei e juízo em matéria penal”²⁶⁹.

Uma vez fixado como ambos os complexos de garantias se retroalimentam dentro de uma correlação biunívoca, coloca-se a seguinte indagação: o que significa, para o complexo de garantias penais, a

violação de uma correlata garantia processual? A despeito das aparentes similitudes, não se pretende debater os chamados graus de garantismo²⁷⁰; o que se pretende é analisar, a partir da interdependência entre os complexos de garantias, como se faz necessário balizar um modelo acusatório de juízo para que as garantias penais sejam concretizadas, dada a relação condicional que possuem.

1. NOTAS EXPLORATÓRIAS ACERCA DO GARANTISMO PENAL

Enquanto filósofo do Direito cujas matrizes teóricas perpassam o constitucionalismo, o positivismo jurídico e o liberalismo político, é possível dizer, a despeito do risco de reducionismo, que a obra de Ferrajoli é motivada a partir de uma visão dúplice na relação Estado-indivíduo: de um lado, figura a minimização e a limitação dos poderes estatais e, de outro, a maximização do indivíduo e de seus direitos e garantias em face do Estado.

Tal constatação é necessária porquanto o garantismo não se associa tão-somente à esfera penal²⁷¹; esta foi erigida pelo autor na obra *Direito e Razão* como um campo privilegiado de análise. A razão de ser dessa escolha pode ser encontrada no fato do Direito Penal constituir o “mais sensível termômetro

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

²⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 432.

²⁷⁰ Sobre isso: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 79 e ss.

²⁷¹ Atualmente fala-se, conforme o faz FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo penal*. UNAM, v. 34, 2006, p. 10, em diferentes tipos de garantismo, a saber: liberal, patrimonial e social.

da feição política do próprio Estado”²⁷², dado que sabidamente sensível às garantias do indivíduo perante o furor punitivo estatal.

A face penal do garantismo pode ser traduzida na definição de um sistema ideal de garantias cujo escopo reside na fixação de condições necessárias para que se permita o exercício do poder punitivo.²⁷³ Dito sistema é inicialmente exposto a partir de dez axiomas fundamentais que constituem um método de controle objetivo da intervenção penal ao estruturar todo um conjunto de técnicas que visam disciplinar e limitar o poder de punir exercido pelo Estado.²⁷⁴ O que se pretende “não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva.”²⁷⁵ Edifica-se toda a formulação do garantismo penal com base no escopo de minimização do poder punitivo; trata-se um modelo teórico-normativo de contenção da intervenção punitiva por meio de limites impostos tanto à previsão legal dos crimes, pelas garantias penais, quanto à

comprovação destes em juízo, pelas garantias processuais.²⁷⁶

Nota-se, ainda, que os axiomas, enquanto componentes de um modelo normativo, possuem natureza deontológica e podem ser entendidos como proposições prescritivas, isto é, “não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer”²⁷⁷. Ademais, ainda que não ostentem relação direta de derivação, os axiomas são sistematicamente concatenados de tal sorte a configurar uma relação de continuidade do anterior para com o seu subsequente, representando, cada um deles, uma *conditio sine qua non* para a afirmação da responsabilidade penal.

Tal expressão de continuidade entre os axiomas permite que o sistema garantista seja arquitetado de modo a abranger tanto as garantias penais, pensadas a partir da estrita legalidade, quanto as garantias processuais penais, pensadas a partir da estrita jurisdicionariedade, privilegiando a relação estreita entre elas. Por isso, ainda que o foco seja a análise das garantias relativas ao processo, será preciso perpassar pela temática das

²⁷² BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do Direito Penal. *RIPE*, Bauru, v. 40, n. 45, p. 211.

²⁷³ Abordar-se-á o garantismo penal enquanto modelo normativo, mas isso não o esgota: Ferrajoli também o trata como uma teoria jurídica da validade e efetividade das normas (“ser” e “dever ser” *no* Direito), cujas ponderações em parte condizem com o escopo deste artigo, e como uma doutrina de filosofia política que pressupõe a separação entre Direito e Moral (“ser” e “dever ser” *do* Direito). Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 683 e ss.

²⁷⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 74-75: A1 *Nulla poena sine crimine*; A2 *Nullum crimen sine lege*; A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4 *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine iudicio*; A8 *Nullum iudicium sine accusatione*; A9 *Nulla accusatio sine probatione*; A10 *Nulla probatio sine defensione*.

²⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 74.

²⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 10-19.

²⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 74.

garantias penais para que a abordagem não resulte incompleta.

2. A DUPLA IMPLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA JURISDICIONARIEDADE

O princípio da submissão à jurisdição, ou jurisdiccionariade, espelha-se no axioma *nulla culpa sine iudicio* e constitui a principal garantia processual, visto que configura o pressuposto de todas as demais. Tal princípio exige, para sua concretização, duas condições distintas que representam, em última análise, a dupla dimensão a partir da qual subdivide-se a jurisdiccionariade.

A primeira condição é descrita como a verificabilidade da hipótese acusatória colocada à tutela jurisdicional, o que pressupõe, ao juízo, um caráter cognitivo da lei e cognitivo dos fatos regulados por ela²⁷⁸. Para que isso aconteça, é essencial que a descrição unívoca de um fato criminoso ocorra para além da lei, exigindo-o igualmente da hipótese acusatória. Na medida em que a acusação descreve precisamente tal fato e o submete à análise do juízo, mais do que subsumir o fato à lei, se permite que o fato narrado seja suscetível de prova.²⁷⁹ A segunda condição trata da comprovação empírica da acusação: submete-se a hipótese acusatória e os fatos que dela

constam à refutação, isto é, à possibilidade de contraprova²⁸⁰. Por meio dessa condição, descortina-se um processo penal de comprovação.²⁸¹

Por meio dessas ponderações, Ferrajoli busca subdividir a jurisdiccionariade a partir de uma dupla dimensão, em sentido lato e em sentido estrito, haja vista traduzirem premissas distintas:

Em sentido lato, pode ser expressa pela tese T72 "nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa sine iudicio"-, em sentido estrito, pela tese T63 "nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione". Com base no primeiro princípio o juízo é simplesmente uma exigência do conjunto das garantias penais ou substanciais; com base no segundo, por sua vez, é requerido o conjunto das garantias processuais ou instrumentais.²⁸²

Mesmo que este artigo não se preste a analisar, uma a uma, as garantias penais, é necessário compreender como a sua estruturação a partir da estrita legalidade se relaciona com as garantias processuais. De antemão, deve estar claro que Ferrajoli também subdivide a legalidade penal

²⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 31-33.

²⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 32.

²⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 101: "Somente se o tema do juízo consistir em um fato empírico taxativamente determinado em todos os seus elementos constitutivos – a ação,

o resultado, a culpabilidade – pode ser objeto de prova no sentido estrito, assim como de comprovação contraditória e imparcial."

²⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 32.

²⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 432.

em dois sentidos distintos, assim como o faz com a jurisdicionariedade. No sentido lato, ou mera legalidade, vislumbra-se a reserva relativa da lei, isto é, a exigência da lei como condição necessária tanto da pena quanto do crime²⁸³. Já no sentido estrito, ou estrita legalidade, trata-se de condicionar a validade da lei à observância de todas as demais garantias²⁸⁴, constituindo, dessa maneira, a sua reserva absoluta.²⁸⁵ Trata-se, afinal de contas, de uma sujeição à Constituição e seus parâmetros fundamentais²⁸⁶, considerando-se superada, nesse contexto, qualquer espécie de sujeição acrítica à lei.²⁸⁷

Eis, aqui, as primeiras linhas da relação umbilical existente entre as garantias penais e processuais penais, visto que estas últimas revelam-se como condicionantes para a efetividade das primeiras e também restam esvaziadas na ausência delas; afinal, sem limites preestabelecidos, o que se tem é um juízo arbitrário. Assim, ao

condicionar a lei penal às demais garantias, a estrita legalidade representa uma verdadeira condição de legitimidade daquela e permite, por meio da taxatividade do seu conteúdo, um controle empírico da decisão penal com base na precisão dos pressupostos típicos²⁸⁸. É dizer que a estrita legalidade, ao conformar todas as garantias de natureza penal, permite a verificabilidade dos tipos penais em abstrato por meio da denotação taxativa de seus elementos.²⁸⁹

Tem-se, ainda, a estrita jurisdicionariedade enquanto possibilidade de verificação dos tipos penais em concreto, o que só ocorre na presença da estrita legalidade; caso contrário, não há possibilidade de verificação jurídica²⁹⁰, até porque “só a rígida determinação semântica dos pressupostos legais da pena (...) permite conceber o processo como juízo baseado na prova empírica dos fatos predeterminados”²⁹¹. Em outras palavras, “legalidade estrita e estrita

²⁸³ Pode ser traduzida a partir da máxima *nulla poena, nullum crimen sine lege*.

²⁸⁴ Pode ser traduzida a partir da máxima *nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*.

²⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 76-78.

²⁸⁶ Em outras palavras, FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la Democracia. Madrid: Trotta, 2011, p. 299: *En el estado de derecho también el poder legislativo se subordina al derecho; más precisamente, a la constitución como norma de reconocimiento del derecho válido, y no sólo en lo relativo a las formas previstas para su producción sino asimismo en lo que hace a los contenidos producidos*.

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 26.

²⁸⁸ Sem essa taxatividade, acusação e defesa seriam meramente argumentáveis, mas não verificáveis, pelo que seria inviável cogitar-se em qualquer verificação jurídica. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 79.

²⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 77.

²⁹⁰ Por isso FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 79 afirma que somente a partir da estrita legalidade pode-se falar em verificação probatória e contestação defensiva em sentido estrito, pois, sem ela, as versões aventadas não seriam verificáveis e contestáveis, impossibilitando aquilo que o autor chama de *decidibilidade da verdade processual*.

²⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 484. De maneira parecida, na página 79, o autor

jurisdicionariedade resultam, assim, mediadas e conectadas, a primeira como pressuposto da segunda, pelo princípio cognitivo da significação normativa e da certeza probatória”²⁹².

As garantias penais serão tanto efetivas quanto mais os pressupostos típicos forem objeto de um juízo imparcial e controlável.²⁹³ É dizer que, sem o processo, as demais garantias se mostram ineficazes e até mesmo ilusórias.²⁹⁴ Entre as garantias penais e processuais penais, existe, portanto, uma correlação de ordem biunívoca.²⁹⁵

Conclui-se, dessa maneira, que as garantias penais e processuais penais se mostram inviabilizadas e perdem sentido na ausência uma das outras: elas “valem não apenas por si mesmas,

mas, também, como garantia recíproca de efetividade”²⁹⁶. Isto posto, resta perceptível o encadeamento presente entre os axiomas e as garantias deles decorrentes, de modo que o enfraquecimento de uma influirá nas demais e, conseqüentemente, no sistema como um todo.²⁹⁷

Na linha investigativa que propõe este artigo, afirma-se, desde já, a insuficiência de se cogitar qualquer estruturação garantista sem o respaldo de um modelo processual acusatório que trate com um mínimo de tangibilidade as garantias penais. Não há sentido falar-se em reserva legal se a aplicação judicial for revestida de arbitrariedade; tampouco em precisão típica com acusação vaga e imprecisa;

aduz que “a falta de taxatividade das previsões legais e de decidibilidade da verdade processual comporta uma contaminação subjetivista dos pressupostos de fato da pena e, em consequência, um enfraquecimento de todas as demais garantias”.

²⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 77.

²⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 432.

²⁹⁴ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 95.

²⁹⁵ Explicando a correlação biunívoca a partir de três planos distintos, FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 432-433: “No plano lógico, antes de tudo, estrita submissão à jurisdição e estrita legalidade se pressupõem alternadamente, e valem conjuntamente para garantir – e não só para definir – o caráter cognitivo de um sistema penal (...). No plano teórico, além disso, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe, necessariamente, como condições de prova, as garantias da materialidade, da ofensividade e da culpabilidade, enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é por elas

pressuposta. Por fim, no plano teleológico, legalidade e submissão à jurisdição são complementares no que respeita à função utilitária da prevenção geral que é própria do direito penal. Precisamente, enquanto o princípio da legalidade assegura a prevenção das ofensas previstas como delitos, o princípio de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas.”

²⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 432.

²⁹⁷ De forma resumida, FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 83, aponta que “não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.” No mesmo sentido, LOPES JR., Aury. A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal. *RIACP*, v. 2, p. 11-33, 2001, p. 18.

ou em aferição de culpa sem contraditório e ampla defesa. Enfim, não há garantia penal que subsista sem a tutela do devido processo legal, pensado aqui a partir da sua estrutura acusatória.

3. APONTAMENTOS SOBRE A ESTRUTURA ACUSATÓRIA²⁹⁸ DO PROCESSO PENAL

Sobre a jurisdicionariedade, tenha-se claro que ela exprime, em sentido lato, uma junção do axioma A7 com os axiomas referentes às garantias penais, materializando-se na tese T72; tal tese enfatiza a relação vinculante das garantias penais para com a aferição da culpa, que, por sua vez, é condicionada pelo juízo. De outro lado, a tese T63 é uma junção do A7 com as garantias processuais remanescentes – A8, A9 e A10 – e representa a jurisdicionariedade em sentido estrito, cujo escopo baseia-se no caráter cognitivista que deve nortear o juízo.

²⁹⁸ Embora se reconheça o caráter polissêmico do termo *acusatório*, o presente artigo se valerá da compreensão delineada por Ferrajoli na obra ora analisada, utilizando enquanto sinônimos expressões como estrutura, sistema ou modelo acusatório. Para os demais usos do termo, ver LANGER, Máximo. *La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo*. RBDPP, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2015.

²⁹⁹ Afinal, como aduz TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 66, são as garantias processuais que determinam “que a pessoa física integrante da coletividade não [será] privada de sua liberdade, ou de outros bens a ela correlatos, sem o devido processo penal, em que se realize a ação judiciária, atrelada ao vigoroso

Resumindo, a submissão à jurisdição em sentido lato trata do juízo como exigência das garantias penais, que necessitam de um processo para que sejam concretizadas e efetivadas. Não se fala em culpa sem juízo; à culpa, somam-se as garantias anteriores, pois, ausente alguma destas, também esvazia-se o conteúdo da primeira, em razão da concatenação sistemática entre os axiomas. Por seu turno, a submissão à jurisdição em sentido estrito organiza o juízo a partir do viés cognitivista próprio do garantismo, em privilégio à estrutura acusatória que deve orientar o processo penal que se queira democrático. Em suma, de nada adianta afirmar a necessidade do processo para efetivação das garantias penais sem que este seja regido por garantias outras que o permitam constituir de fato um juízo cognitivo.²⁹⁹

Portanto, isoladamente, a submissão à jurisdição em sentido lato pode compreender um sistema inquisitório em razão da inexistência de vinculação às garantias acerca do

e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais – quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental – (...). E tudo isso, com o pleno vigor de três postulados básicos, quais sejam os atinentes à inadmissibilidade de sujeição à *persecutio criminis* sem que tenha ocorrido a prática de fato típico, antijurídico e culpável, e haja, correlatamente, indícios de autoria (*nulla informatio delicti sine crimen et culpa*); à jurisdicionalização da imposição de pena ou de medida de segurança (*nulla poena sine iudicio*); e à vedação da realização satisfativa do *ius puniendi*, provisória ou definitivamente, antes de transitada em julgado sentença condenatória (*nulla executio sine titulo*).”

modelo cognitivo a ser contemplado, ou seja, garantias relativas ao procedimento. Por isso, é possível afirmar que advém da submissão à jurisdição em sentido estrito a exigência de observância à estrutura acusatória do processo penal³⁰⁰, que constitui-se a partir de todo um complexo de garantias processuais de natureza tanto orgânica quanto procedimental.³⁰¹

Destaca-se, nas garantias orgânicas que perfazem o modelo de juiz a ser seguido pela estrutura acusatória, a separação entre o julgador e a acusação. Tal separação constitui o mais basilar elemento constitutivo do modelo acusatório³⁰², posto que “estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros”³⁰³. Diz-se, nessa

linha, que o distanciamento das figuras do juiz e do acusador deve ser tanto inicial quanto estrutural: inicial, porque o oferecimento da acusação, uma vez constatado lastro probatório quanto ao fato criminoso³⁰⁴, compete ao Ministério Público; e estrutural, pois a atribuição da iniciativa probatória deve ser observada também ao longo do procedimento. É dizer que não basta uma separação funcional se o juiz, no decorrer do processo, pode intervir em papel tipicamente persecutório e participar ativamente da produção de provas.³⁰⁵

Aliás, entende-se que o próprio sistema processual é definido a partir de um princípio unificador que o informa, seja ele inquisitivo ou dispositivo.³⁰⁶

³⁰⁰ Isso não quer dizer que jurisdicionariedade estrita e sistema acusatório sejam a mesma coisa, interpretação esta que, embora comum, não é correta: “(...) submissão à jurisdição estrita tem na verdade um significado mais restrito que processo acusatório”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 433).

³⁰¹ Conforme FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 433, orgânicas são “as garantias relativas à formação do juiz e à sua colocação institucional em relação aos outros poderes do Estado e aos outros sujeitos do processo”, ao passo que são procedimentais “as garantias relativas à formação do juízo, ou seja, à coleta de prova, ao desenvolvimento da defesa e ao convencimento do órgão julgante”. À título exemplificativo, como garantias afeitas ao modelo de juiz, propriamente orgânicas, cita-se, dentre outras, a independência, a imparcialidade, o juiz natural e a sua separação para com a acusação, enquanto, como garantias afeitas ao modelo de juízo, e portanto procedimentais, cita-se, dentre outras, a ampla defesa, o contraditório, o ônus da prova e a fundamentação das decisões judiciais.

³⁰² Cf., nesse sentido, MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*: fundamentos. 2. ed. Buenos

Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 444: *La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (nemo iudex sine actore ne procedat iudex et officio) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye.*

³⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 454.

³⁰⁴ Cf., *infra*, cap. 3, nota 52.

³⁰⁵ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*: introdução crítica. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 194.

³⁰⁶ Há quem prefira referir-se, no processo penal, ao termo “acusatório” para definir o princípio

Como a reconstrução de um fato histórico pressupõe a instrução probatória, é por meio da análise da forma pela qual tal instrução se materializa no processo que se constata o seu núcleo. Dito de outra forma, o princípio unificador é determinado pelo critério da gestão da prova, isto é, pela opção política de atribuição da iniciativa probatória às partes, no princípio dispositivo, ou ao juiz, no princípio inquisitivo.³⁰⁷ Em outras palavras, basta dizer que “a posição do juiz no processo

penal é fundante do sistema processual”³⁰⁸.

A consolidação dessa concepção alargada da separação entre juiz e acusação privilegia outra garantia orgânica indeclinável ao modelo de juiz a ser contemplado, a imparcialidade³⁰⁹, subdividida em suas vertentes subjetiva e objetiva. Na subjetiva, é algo que se verifica no “estado anímico do juiz, isto é, à ausência de prejulgamentos em relação àquele caso penal e seu autor”³¹⁰, exprimindo, dessa maneira, um “hábito intelectual e moral”³¹¹. É

unificador, que seria aquele capaz de ordenar e orientar as normas e princípios constituintes do sistema acusatório. Cf., v.g., PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 126.

³⁰⁷ Aponta-se, por tais razões, a impropriedade de se conceber um sistema “misto”, que seria resultado de uma junção de características acusatórias e inquisitórias, como alguns caracterizam o processo penal brasileiro. Todo sistema possui um núcleo fundante; ainda que, na prática, assumam um caráter “misto”, ainda assim serão idealmente definidos pela titularidade da iniciativa probatória atribuída. Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro*. *RFDUFPR*, Curitiba, v. 30, n. 30, 1998, p. 165; LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 190-191.

³⁰⁸ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 172. Tendo isso em vista, enquanto subsistirem determinadas normativas, afirma-se que o sistema processual penal brasileiro é materialmente inquisitório, pois mesmo que a ele sejam agregados alguns elementos próprios do sistema acusatório, incluindo a função primária de produção de provas nas mãos das partes, ainda se admite, em grande medida, possibilidades probatórias ao julgador. Nesse sentido, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente*

demarcado. *RIL*, v. 46, n. 183, 2009, p. 109 e LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 189. Como exemplo dessas referidas normas, cita-se o art. 156, I e II, e o art. 385, ambos do Código de Processo Penal. O primeiro possibilita ao juiz a produção de provas, ainda que suplementar, ao passo que o segundo o permite condenar o réu mesmo com a discordância do titular da ação penal. Este último, se analisado sob a ótica da pretensão acusatória, representaria uma condenação sem invocação, arvorando-se o juiz em papel tipicamente persecutório. Sobre isso, cf. BOSCHI, Marcus Vinicius. *Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, *passim*. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 274 e ss.

³⁰⁹ Conforme registra LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 179, “é a separação de funções (e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz) que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive.”

³¹⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 99.

³¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 465. De forma semelhante, defendendo que o juiz deve ter por hábito profissional a dúvida e a imparcialidade, ver LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 355.

justamente pela dificuldade de se investigar uma condição interna do ser humano, operante no seio de sua intimidade, que se reconhece certa impossibilidade fática de verificação da imparcialidade no seu âmbito subjetivo. Com efeito, sustenta-se a dimensão objetiva como aspecto central no exame de tal garantia orgânica: trata-se da visibilidade, aparência ou estética do juiz imparcial.³¹² Isso nada mais é do que demarcar espaços estruturais de atuação e legitimidade dos sujeitos processuais, em especial do julgador, que deve se ater à sua colocação institucional no processo, sob pena de violação à imparcialidade.³¹³

³¹² O que se está afirmando é que, para além da óbvia necessidade de resguardar a imparcialidade também na dimensão interna, é preciso que haja, na dimensão externa, uma correlata estética imparcial a partir do seu lugar constitucionalmente demarcado. Isso não quer dizer, em absoluto, que o juiz não deva efetivamente ser imparcial, mas apenas parecer, senão que o contrário: “Não basta somente assegurar a aparência de isenção dos juízes que julgam as causas penais. Mais do que isso, é necessário garantir que, independentemente da integridade pessoal e intelectual do magistrado, sua apreciação não esteja em concreto comprometida em virtude de algum juízo apriorístico. Trata-se aqui, talvez, de uma compreensão invertida da máxima pela qual à mulher de César não basta ser honesta. No caso, ao juiz não é suficiente parecer honesto: terá de sê-lo verdadeiramente, inclusive do ponto de vista intelectual.” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório...*, op. cit., p. 131). Assim também DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. *Sujeitos processuais penais: o Tribunal. FDUC: Coimbra, 2015, p. 12, para quem a imparcialidade “repudia o exercício de funções judiciais no processo por quem tenha ou se possa objetivamente recear que tenha uma ideia pré-concebida sobre a responsabilidade penal do arguido; bem como por quem não esteja em*

Para além das garantias orgânicas, que obviamente não se esgotam no caráter equidistante e imparcial do juiz e cuja integralidade não cabe no presente artigo, faz-se imprescindível explicar as garantias procedimentais. Afinal, fundadas na mudança de paradigma acerca da verdade perquirida no processo, são elas que moldam a estrutura acusatória do processo penal a fim de evitar a sua orientação conforme diretrizes antidemocráticas.

No modelo acusatório, pautado pela estrita jurisdicionariedade, a busca por uma verdade processual mínima³¹⁴, ou, por assim dizer, uma verdade

condições ou se possa objetivamente temer que não esteja em condições de as desempenhar de forma totalmente desinteressada, neutral e isenta.” O importante, segundo o autor, “não é tanto o facto de, a final, o juiz ter conseguido ou não manter a imparcialidade, mas sim *defendê-lo* da *suspeita* de a não ter conservado, não dar azo a qualquer *dúvida*, por esta via reforçando a *confiança* da comunidade nas decisões dos seus magistrados.”

³¹³ Segundo LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 104-105, sempre que “o juiz sai desse lugar de estranhamento e, descendo, se mistura na ‘arena das partes’, praticando atos típicos das partes (como é a iniciativa probatória, por exemplo), ele estruturalmente se coloca em posição de parcialidade (ou *partialidade*, na medida em que se confunde com as partes), ferindo de morte a garantia constitucional. É uma questão estrutural, objetivamente comprovável: basta que saia do seu lugar para decretar a quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Inclusive, evidencia-se falta de uma estética (ou visibilidade) de imparcialidade.”

³¹⁴ Denota-se, aqui, a noção de *verdade processual*, tratada pelo autor como uma “verdade empiricamente controlável ou controlada, ainda que necessariamente

controlável e aproximativa, é assegurada pela presença de garantias relacionadas ao procedimento. Por isso, constituem-se em “garantias de uma *verdade* controlada pelas partes em causa e da *liberdade* do inocente contra o erro e o arbítrio.”³¹⁵ Ainda que por muito tempo a descoberta da verdade tenha constituído a principal meta a se atingir com o processo, atualmente, para além da interpretação evolutiva acerca do conteúdo e dos limites impostos a essa

verdade, o processo – especialmente o penal – possui a finalidade precípua de garantir eficácia aos direitos fundamentais e impedir abusos estatais.³¹⁶ Cabe dizer, então, que os meios não são mais justificados pela suposta finalidade de busca da verdade real, mas que a virada paradigmática traduz-se no fato de que, agora, “é unicamente a natureza do meio que garante a consecução do fim.”³¹⁷

reduzida e relativa” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 434). Segundo FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 54, “o único significado da palavra 'verdadeiro' (...) é a correspondência mais ou menos argumentada e aproximativa das proposições para com a realidade objetiva, a qual no processo vem constituída pelos fatos julgados e pelas normas aplicadas”. De modo semelhante, TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005. p. 74, partidário da ideia de que *en el proceso no se trata de establecer verdades absolutas e inmutables sobre nada y que, por tanto, sólo tiene sentido hablar de verdades relativas*. Contrário a essas concepções de busca por uma verdade relativa no processo, entendendo ser insuficiente trabalhar sob esses termos, pois incapaz de superar o ranço inquisitório característico da busca por uma verdade real, tem-se KHALED JR., Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Editora Atlas, 2013, respectivamente na p. 184 e p. 186, para quem “a maquiagem conceitual da busca da verdade sob o caráter matizado, relativo ou aproximativo acaba fundamentando a continuidade da estrutura inquisitória de forma velada, subvertendo o caráter democrático exigível a um processo respeitoso dos direitos fundamentais do acusado”. O problema, segundo o autor, “reside no fato de que a utilização do paradigma da verdade correspondente no processo penal - mesmo admitida como relativa ou aproximativa - desfigura o sistema acusatório, pois ocorre um nítido afastamento em relação ao que ele deve

democraticamente representar.” A despeito de tal discussão, importa ressaltar que o presente artigo analisa as linhas gerais do pensamento *ferrajoliano*, cujo modelo processual abarca a ideia da verdade como correspondência, o que não significa, frise-se, uma tomada de posição pessoal sobre a (i)legitimidade da suposta busca pela verdade, qualquer que seja, no processo penal.

³¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 484.

³¹⁶ Nesse sentido, LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 58: “a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao direito penal e à pena, mas, principalmente, *um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais*. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional”.

³¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 486. De forma semelhante, sustentando restrições éticas e jurídicas impostas à busca da verdade, ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 191. Defendendo a busca da verdade a partir de limites epistemológicos e políticos, DELORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos

A mais elementar das garantias procedimentais é a atribuição do ônus da prova à acusação, haja vista ser mandatória, em um Estado Democrático, a rigorosa demonstração da prova da culpa, e não da condição de inocente.³¹⁸ Em linhas gerais, essa atribuição concretiza a *presunção de inocência*³¹⁹ do acusado, que, mais do que uma garantia de natureza

processual, configura um “princípio fundamental de civilidade [e] representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.”³²⁰

A presunção de inocência constitui um “corolário lógico do fim racional do processo”³²¹ e se estrutura a

para uma antiga controvérsia. *RBCCRIM*, São Paulo, v. 177, 2021, p. 105 e ss.

³¹⁸ A distribuição do ônus da prova no processo penal segue um critério civilista, fundado na relação jurídica material, que preconiza a incumbência, ao autor, de provar o fato constitutivo do seu direito, enquanto o réu fica encarregado de provar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito alegado pelo autor. No processo penal, aplica-se o mesmo critério com a seguinte adaptação: o fato constitutivo é entendido como a conduta típica (incluindo o elemento subjetivo) e a autoria. Eventuais causas de justificação e exculpação seriam fatos impeditivos e, portanto, caberia ao acusado prová-los. Todavia, acredita-se que tal adaptação não pode prosperar porquanto parte de uma premissa equivocada: a tipicidade, isoladamente, não pode ser interpretada como fato constitutivo da pretensão acusatória. Nessa linha, de forma sucinta, entende-se que o fato constitutivo deve ser entendido como o fato criminoso a ser narrado e provado pelo acusador, incumbindo a ele a prova quanto aos elementos constitutivos do crime. Para uma leitura mais aprofundada sobre o tema, ver, dentre outros: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; HORTA, Frederico

Gomes de Almeida. Do ônus da prova dos elementos de valoração global do fato: análise crítica de precedente do Superior Tribunal de Justiça, *RBCCRIM*, v. 104, 2013; NOGUEIRA, Rafael Fecury. Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista, *RBDPP*, v. 4, n. 1. Porto Alegre, 2018.

³¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova...*, op. cit., p. 294 critica a utilização do termo “presunção” para referir-se ao estado de inocência, pois, tecnicamente, insinua uma inexistente inversão do ônus da prova. De fato, o estado de inocência não reflete uma presunção em sentido técnico, mas “uma norma que se origina de uma valoração constitucional que condiciona a atuação de todos os agentes estatais em diversos momentos.” (TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 102). Próximo: FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *RBDPP*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, 2018, p. 152, nota 4.

³²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 441.

³²¹ LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Barbera: Firenze, 1895, p. 15 *apud* FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 441.

partir de duas regras distintas ³²²: a primeira revela uma regra de tratamento do acusado que “exclui ou ao menos restringe ao máximo a limitação da liberdade pessoal” ³²³; a segunda caracteriza-se como uma regra de julgamento a ser observada em caso de dúvida sobre fato relevante e consubstancia-se na máxima *in dubio pro reo*, atribuindo o ônus da prova integralmente à acusação e impondo

que as dúvidas sejam resolvidas em favor do acusado.³²⁴

Desse modo, denota-se como as bases epistemológicas da atividade processual penal são moldadas pela presunção de inocência a partir de um escopo de minimização da intromissão estatal na esfera individual, implicando uma maximização dos direitos fundamentais por meio da contenção racional do poder punitivo.³²⁵

³²² Nesse espeque, TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e verdade*, op. cit., p. 102-103: “A concretização do princípio da presunção de inocência se dá em duas dimensões: a) a dimensão do tratamento conferido ao indiciado ou réu (regra de tratamento); e b) a dimensão probatória (regra de juízo). A presunção de inocência revela, em primeiro lugar, uma regra de tratamento, que favorece do indiciado ao réu, desde a investigação preliminar até, e inclusive, o julgamento do caso penal nos tribunais superiores. (...) Nessa dimensão, o princípio constitucional impõe a isonomia entre o cidadão que não figura no polo passivo da relação processual penal e aquele a quem se atribui a prática de um delito. O tratamento diferenciado entre o réu e qualquer outro indivíduo só se justifica diante do reconhecimento estatal, devidamente fundamentado, da necessidade de se afastar o tratamento isonômico. (...) Todavia, a presunção de inocência representa também uma regra probatória que se exprime através da máxima latina que orienta a apreciação da prova penal: *in dubio pro reo*. Em plena sintonia com o sistema acusatório, enuncia que o monopólio estatal da titularidade da ação penal acarreta, como consequência inafastável, o ônus do Estado-parte provar todos os fatos que compõe a acusação. No processo penal, o ônus da prova (para alguns, a “carga probatória”) é todo da acusação. A defesa tem o direito à inércia, desde que o Estado não seja capaz de demonstrar a autoria, a materialidade e a culpabilidade do delito.”

³²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 442.

³²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 442. De igual maneira, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova...*, op. cit., p. 240: “diante do *in dubio pro reo*, que é a regra de julgamento que vigora no campo penal, o acusado jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, ao menos nos casos de ação penal condenatória.”

³²⁵ Ademais das regras de tratamento e julgamento, LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, op. cit., p. 98-99 e p. 355 subdivide a presunção de inocência em uma dimensão interna, que abrange os dois significados já expostos, e outra externa, que, compreendida para além dos sujeitos processuais envolvidos, passaria a representar um limite democrático à exploração midiática e tendenciosa do processo: “Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, op. cit., p. 99). Também abordando a dimensão extraprocessual da presunção de inocência, separando-a na dimensão atinente ao direito administrativo sancionador e às relações entre particulares, FERRER BELTRÁN,

Em suma, há de se exigir, no modelo acusatório, que a acusação, já devidamente dissociada da figura do julgador³²⁶, possua lastro probatório suficiente e válido³²⁷ e que tal lastro seja submetido à refutação mediante a observância, em um procedimento dialético, do contraditório e do direito de defesa³²⁸, entendido aqui como “uma categoria aberta, à qual devem ser imputados todos os concretos direitos de que o arguido dispõe [para] conformar a decisão final do processo”³²⁹. Pelas suas particularidades nessa seara processual, diz-se que tal direito constitui a principal condição epistemológica da prova, posto que a partir dele, é dizer, da falsificação da hipótese acusatória, gravita a adequabilidade probatória.³³⁰ Todavia, isso não esgota o complexo de garantias processuais que perfazem o modelo cognitivo do juízo garantista, sendo tão-somente a sua espinha dorsal.

As supracitadas garantias procedimentais, ditas primárias, são traduzidas nos últimos três axiomas e complementam-se a partir de outras quatro garantias procedimentais, ditas secundárias, que asseguram concretude às primeiras.³³¹ Essas são as linhas gerais daquilo que seria uma estrutura acusatória de processo penal orientada a partir dos axiomas garantistas formulados por Ferrajoli. Com relação a elas, o que sobressai é a expressão de continuidade que uma garantia possui para com as demais, impondo a necessidade de se evitar um enfraquecimento sistêmico proporcionado pela reiterada deturpação prática do modelo normativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que se expôs, acredita-se que ao menos três conclusões, distintas, porém complementares, podem ser afirmadas.

Jordi. *Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência*, op. cit., p. 153 e ss.

³²⁶ Trata-se do axioma A8: *nullum iudicium sine accusatione*;

³²⁷ Trata-se do axioma A9: *nulla accusatio sine probatione*;

³²⁸ Trata-se do axioma A10 *nulla probatio sine defensione*;

³²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: *Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 1992, p. 28.

³³⁰ Nesse sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 490, para quem a defesa forma “o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.”

³³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 484 explica que as garantias procedimentais secundárias podem ser resumidas na publicidade como forma de controle interno e externo da atividade judiciária, na oralidade como forma de concentração da instrução probatória, na legalidade dos procedimentos enquanto um rito legalmente preestabelecido cuja transgressão enseja nulidade e, por fim, na motivação das decisões judiciais como corolário do caráter cognitivo de todo o sistema garantista. As garantias secundárias, segundo LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 203, “são condições necessárias para que o debate transcorra com transparência e igualdade de oportunidades, ou seja, no ambiente que se espera da estrutura dialética do processo.”

Em primeiro lugar, analisando o axioma *nulla culpa sine iudicio* a partir do princípio da jurisdicionalidade, tem-se que (i) em sentido lato, representa uma opção civilizatória de exigência de um processo para que se possa falar em exercício do poder punitivo estatal e (ii) em sentido estrito, complementa-se tal exigência com a estruturação acusatória desse processo. De um lado, a imprescindibilidade do processo para as garantias penais; de outro, a imprescindibilidade das garantias processuais para o processo penal contemporâneo.

Em segundo lugar, afirma-se o nexo existente entre as garantias penais e processuais penais por meio do qual se extrai a expressão de continuidade que ambas manifestam entre si em uma correlação biunívoca, frisando a reciprocidade que um assume para com o outro enquanto condição de efetividade. Para dar vazão às garantias penais, é preciso que o processo penal seja estruturado sob um viés acusatório, motivo pelo qual discorreu-se sobre as garantias próprias desse modelo, diferenciando-as em orgânicas e procedimentais; óbvio que não se intentou abordar exaustivamente o sistema acusatório e tampouco as garantias que o compõem, mas tão-somente aquelas mais basilares e estruturantes.

Em terceiro lugar, conclui-se que a quebra de uma garantia possui reflexos sistêmicos, ainda que em diferentes escalas, de forma que a sua superação inevitavelmente vilipendia o sistema

como um todo; ainda que se situe no plano ideal, é possível aferir o grau de (i) legitimidade do sistema a partir da naturalização, no plano real, de suas diferentes deturpações. Afinal, embora o garantismo constitua “uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente”³³², isso não implica a aceitação acrítica do hiato que se faz presente entre o mundo normativo e a realidade prática. De maneira mais específica quanto ao escopo deste artigo, a conclusão é de que a relação condicional entre processo e culpa se materializa nas garantias processuais, sendo aquela de todo afetada com a inobservância destas.

Como resposta à investigação proposta, diz-se que as garantias penais não produzem efeitos concretos por si só, de forma que, desrespeitada a perspectiva processual do sistema garantista, não remanesce qualquer utilidade às primeiras; são elas reduzidas a mera proforma. Não se trata, ressalte-se, de uma análise alicerçada na idealidade do sistema, mas de uma constatação acerca do descumprimento reiterado de garantias instrumentais básicas. Com efeito, é inequívoca a inutilização das garantias penais engendrada pelo menoscabo ao devido processo legal, cujo corpo é adquirido justamente por meio do respeito às garantias processuais.

³³² BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*.

3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 9.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do Direito Penal. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 40, n. 45, p. 195-213, jan./jun. 2006.
- BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BOSCHI, Marcus Vinicius. *Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, 2009.
- DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 177, p. 71-132, 2021.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. *Sujeitos processuais penais: o tribunal*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2015.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: *Jornadas de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo penal*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la Democracia. Madrid: Trotta, 2011.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018.
- HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do ônus da prova dos elementos de valoração global do fato: análise crítica de precedente do Superior Tribunal de Justiça, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 104, 2013.
- KHALED JR., Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: para*

- além da ambição inquisitorial. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 11-42, 2015.
- LOPES JR., Aury. A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, v. 2, p. 11-33, 2001.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- NOGUEIRA, Rafael Fecury. Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1. Porto Alegre, 2018.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.
- TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

ACESSO AO MÉTODO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO COMO DERIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.³³³

ACCESS TO THE APPROPRIATE DISPUTE RESOLUTION METHOD AS A DERIVATION OF THE PRINCIPLE OF ACCESS TO JUSTICE IN THE DEMOCRATIC STATE.

Daniel Secches Silva Leite

Bacharel em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos e Doutorando na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais com pesquisa relativa a acesso à justiça e métodos adequados de solução de conflitos. Professor Universitário nas Faculdades Milton Campos. Advogado. Árbitro. Belo Horizonte, Minas Gerais. Email: dansecches@yahoo.com.br.

RESUMO: O artigo visa debater as diferentes acepções do princípio fundamental do acesso à justiça e propor uma correlação entre seu alcance - que deve incluir os mais diferentes métodos de resolução de litígios - e a legitimidade da solução ao conflito no Estado Democrático de Direito. Para demonstrar as mudanças nas concepções de acesso à justiça, delineia-se seu sentido, no Estado Liberal de Direito; no Estado Social de Direito; até se chegar a uma proposta para o Estado Democrático de Direito. A hipótese levantada no texto é a de que o entrelaçamento dos princípios da autonomia da vontade; da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça permitem a conclusão de que é direito do jurisdicionado a escolha pelo método mais adequado a ser aplicado a seu específico conflito. Amplificando-se a proposta de Friedrich Muller de círculo de legitimidade, para além de o povo ter

o direito de ser julgado com base nas leis que ele mesmo, povo, criou mediante seus representantes; também tem o direito de escolher o método que melhor se adequa à resolução de seus conflitos de interesse. Tais métodos fazem parte de um modelo multiportas presente no Brasil a partir de uma plêiade normativa composta, principalmente, pela codificação processual civil, pela Lei de Arbitragem, pela Lei de Mediação e pela Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, e derivados, em última *ratio*, da concepção do Professor emérito de Harvard Frank Sander. Discute-se, também, diferentes possibilidades oriundas da tese desenvolvida, e da hermenêutica constitucional apresentada, concluindo-se pela existência de um microssistema de métodos adequados na cognição civil brasileira, permitindo sua fungibilidade sempre que qualquer um deles estiver disponível no texto

³³³ Artigo recebido em 11/03/2023 e aprovado em 23/05/2023.

legal. Vislumbra-se, a título de exemplo, a oferta de arbitragem na audiência inaugural do procedimento comum, se o conflito assim o indicar; de mediação na primeira audiência do procedimento dos Juizados Especiais; etc. O método utilizado é jurídico-compreensivo, almejando-se interpretação sistemática de normas abrangendo direito constitucional, direito processual civil e métodos adequados.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil Constitucional; Acesso à Justiça; Método Adequado; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: The article aims to discuss the different meanings of the fundamental principle of access to justice and propose a correlation between its scope - which should include the most different methods of dispute resolution - and the legitimacy of the solution to the conflict in the Democratic State of Law. In order to demonstrate the changes in the conceptions of access to justice, its meaning is outlined in the Liberal State of Law; in the Social State of Law; until reaching a proposal for the Democratic State of Law. The hypothesis raised in the text is that the interweaving of the principles of autonomy of the will; of human dignity and access to justice allow the conclusion that it is the right of the jurisdiction to choose the most appropriate method to be applied to their specific conflict. Amplifying Friedrich Muller's proposal of a circle of legitimacy, in addition to the people having the right to be judged based on the laws that they themselves, the

people, created through their representatives; you also have the right to choose the method that best suits the resolution of your conflicts of interest. Such methods are part of a multi-port model present in Brazil based on a set of regulations composed mainly of civil procedural codification, the Arbitration Law, the Mediation Law and Resolution 125/10 of the National Council of Justice, and derivatives, ultimately, from the conception of Harvard Professor Emeritus Frank Sander. It also discusses different possibilities arising from the thesis developed, and from the constitutional hermeneutics presented, concluding that there is a microsystem of adequate methods in Brazilian civil cognition, allowing its fungibility whenever any of them is available in the legal text. One can see, for example, the offer of arbitration at the opening hearing of the common procedure, if the conflict so indicates; mediation in the first hearing of the Special Court procedure; etc. The method used is legal-comprehensive, aiming at the systematic interpretation of norms covering constitutional law, civil procedural law and appropriate methods.

KEYWORDS: Constitutional Civil Procedure; Access to Justice; Appropriate Method; Democratic State.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao longo do século XX, em especial a partir de sua segunda metade, no mundo todo houve uma preocupação cada vez mais acentuada com o acesso à justiça. Da preocupação

inicial com a questão de acesso pelos necessitados (especialmente do ponto de vista financeiro), passando pelos estudos sobre direitos e interesses metaindividuais, já no ocaso do século passado chegou-se ao problema da simplificação e racionalização do processo e do procedimento.

Nessa linha, também no Brasil vivenciamos, a partir da década de 1.990, uma onda reformista, que adentrou o século XXI e culminou na edição da Lei 13.105/15, o atual código de processo civil do país. A despeito disso, por todo esse período o enfoque usual do tratamento do problema de acesso à justiça foi quantitativo – até pelo número escandaloso de processos em trâmite no Brasil nas últimas décadas –, e poucas vezes qualitativo.

A preocupação com a legitimidade do provimento final e com possibilidades de solução do litígio para além daquela adjudicada por sentença estatal, só recentemente ganhou espaço. Nada obstante o avanço da atual codificação processual civil em incentivar o sistema multiportas – ainda que com certa timidez (note-se que os únicos métodos regulados em detalhes junto ao processo de conhecimento foram a mediação e a conciliação, ex vi do artigo 334, entre outros, daquele código) –, ainda há um descompasso gritante entre a jurisdição estatal e as demais formas de resolução de disputas, a maioria delas parcamente exploradas.

O presente artigo pretende justamente debater as possibilidades oriundas do entrelaçamento orgânico entre os mais variados métodos de solução de conflitos e a jurisdição estatal (em sua técnica cognitiva, especialmente) a partir de uma revisitação do princípio do acesso à justiça, com solução qualitativamente adequada.

Por fim, serão elencadas algumas possibilidades de aplicação da hipótese, com interação entre alguns métodos adequados e o procedimento cognitivo na jurisdição estatal, a serem exploradas especialmente com coparticipação da Universidade.

1. ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Atribuir sentido e alcance ao princípio do acesso à justiça, no Brasil e no mundo, é desafiador. Trata-se de norma multifacetada, cuja interpretação condiciona-se pelo momento em que empreendida (tempo); pelo local em que formulada (espaço) e, principalmente, pelo modelo constitucional vigente (paradigma de Estado), esse sempre servindo como pano de fundo delineador de sentido normativo.

A despeito de tal dificuldade, o enfrentamento de tal debate e de suas possibilidades em seus mais diferentes planos é essencial no Estado Democrático de Direito. Cuida-se de norma fundamental de nossa constituição federal³³⁴ que se entrelaça

³³⁴ Atualmente, o texto legal está disciplinado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1.988, segundo o qual “a lei não excluirá da

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, bem como no art. 3º, *caput*, do Código de Processo Civil: “não se excluirá da apreciação

com outras normas de igual natureza, bem como com normas infraconstitucionais de variadas fontes, perfazendo uma teia normativa significativa para a cidadania e para a solução adequada de conflitos.

De fato, uma das facetas mais recentes e promissoras do princípio permite a compreensão de que acesso à justiça extrapola o mero acesso à jurisdição estatal e, a partir disso, a conjugação de diversos métodos de solução de conflitos a procedimentos jurisdicionais de cognição utilizados no Brasil, sem perda da legitimidade decisória – ou, ao invés, com ganhos neste sentido.

1.1. DIFERENTES FACETAS DO PRINCÍPIO.

No marco dos Estados Liberais, a partir dos séculos XVIII e XIX, prevaleciam os ideais da Revolução Francesa de igualdade, liberdade e fraternidade que, estendidos ao direito à tutela jurídica, significava um acesso teórico de todos (iguais) ao Poder Judiciário, de forma livre, mas que na prática se refletia em um direito de petição³³⁵ meramente formal ao Poder Judiciário, burocrático e oneroso, mediante um processo (paritário) com protagonismo dos litigantes e restrito a poucos.

Sobre essa quadra histórica, anotam Cappelletti e Garth, que "a justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva"³³⁶

Os direitos e garantias fundamentais do Estado Liberal circunscreviam-se a: a) garantia dos direitos individuais (burgueses), notadamente contra o Estado; b) livre concorrência e c) não intervenção estatal nas atividades privadas. Preconizava-se a defesa da igualdade, da liberdade individual, e da propriedade.

Em tal cenário, a própria concepção de processo derivava de uma perspectiva privatística, visto como simples instrumento de resolução de conflito em benefício das partes.³³⁷ Com a crise do modelo liberal no séc. XIX e o surgimento das primeiras constituições sociais no início do séc. XX – e, portanto, a mudança de paradigma do Estado Liberal para o do Estado Social de Direito³³⁸ -, começa-se a questionar as restrições do acesso à Justiça ao povo.

Em tal modelo, de *welfare state*, o Estado provê notadamente direitos de

jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

³³⁵ Conforme COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva e Cia., 1946, p. 74-75.

³³⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988/1988, p. 09). Somado à igualdade formal, o princípio dispositivo

apresentava grande relevância no processo tipicamente liberal.

³³⁷ A tal respeito, conferir DIERLE, Nunes & TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. 1. Ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2.013, p. 15-25, especialmente.

³³⁸ Costuma-se apontar, doutrinariamente, dois marcos históricos, e porque não dizer também

segunda geração, e a igualdade passa a ser cogitada em perfil substancial, a exigir uma proposta de acesso à justiça garantidora de uma plêiade de direitos antes não cogitados – ou mitigados – no modelo liberal.

A negativa de acesso à justiça equivale à denegação de todos os demais direitos, “(...) uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores”.³³⁹

Processo, sob a perspectiva do Estado Social de Direito, é comumente tido como instrumento de efetividade da paz social, a “*confeção de normas é essencialmente uma questão de justiça, sendo avaliada segundo princípios que estabelecem o que igualmente é bom para todos*”³⁴⁰. O Estado-juiz exerce seu poder para atingir sua finalidade: garantir a justiça e o bem-estar coletivo.

Cappelletti e Garth identificam, nesse momento, a primeira onda renovatória no tratamento da garantia de acesso à justiça: a ampliação de acesso aos necessitados – o que, no Brasil, tem

como expoente a lei 1.060/50, de justiça gratuita, entre outras normas orientadas para o mesmo fim.

Ao longo do século XX, passando pela segunda onda renovatória³⁴¹, o princípio do acesso à justiça angariou um conteúdo hermenêutico cada vez mais sofisticado, abrangente e complexo. Se em meados daquele século a maior preocupação era a de se evitar empecos ao acesso de quem quer que fosse à Jurisdição, como remédio a eventuais intentos autocráticos do regime de plantão³⁴² (como a criação de instâncias administrativas prévias e medidas afins³⁴³); já nos seus estertores desenvolve-se a terceira onda renovatória de interpretação do acesso à justiça identificada por Garth e Cappelletti, a busca pela simplificação e desburocratização de processos e procedimentos.

No Brasil essa onda se espalhou em diversos textos normativos, vários deles denominados de minirreformas processuais – tanto civis quanto penais, que impactaram os respectivos códigos de processo especialmente a partir da década de 1990 – e culminou na edição

temporais, na questão do reconhecimento dos direitos sociais: a Constituição Mexicana de 1.917 e a Constituição de Weimar de 1.919.

³³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 167.

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Tradução: Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, n. 3, p. 113.

³⁴¹ Envolvendo o reconhecimento de direitos e interesses metaindividuais, mas que não será abordada por fugir do objeto do presente artigo.

³⁴² Dispõe, a propósito, o art. 8.º da Declaração

Universal dos Direitos Humanos, de 1948: “Toda a pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. No mesmo sentido, o constante do art. 8, 1, do Pacto de São José da Costa Rica.

³⁴³ Não por acaso o Ato Institucional n. 5, editado em 13 de dezembro de 1968, em seu art. 11 determinava que “excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

de um novo Código de Processo Civil, no qual a deformalização processual é um imperativo.³⁴⁴

Ampliando-se ainda mais o escopo da norma em debate, para além da deformalização do processo e do procedimento também há de se considerar a deformalização do conflito^{345 346}

De fato, hodiernamente entende-se que a garantia de acesso à justiça não se limita, apenas, ao direito de acesso à jurisdição – o que impede que se o entenda meramente como sinônimo de inafastabilidade do controle jurisdicional -, senão como

possibilidade de acesso à ordem jurídica justa, efetiva, em tempo razoável, com observância do devido processo legal e com o uso, se necessário, de qualquer meio adequado para a solução do conflito.

Flávia Pereira Hill, com apoio em Ada Pelegrini Grinover, destaca que mesmo nos métodos autocompositivos de solução de conflitos, como mediação e conciliação, há prestação de jurisdição, ainda que amiúde não estatal.³⁴⁷ Ou seja, entende-se modernamente que o alcance do princípio vai além da previsão de que é

³⁴⁴ De fato, várias alterações legislativas foram elaboradas nesse sentido, como a possibilidade de negócio jurídico processual atípico; a possibilidade de intimação de testemunhas pelo seu próprio advogado; o depoimento técnico do perito em audiência; o juízo de admissibilidade do recurso de apelação somente no juízo ad quem; a usucapião extrajudicial; entre outros. O “novo” Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/15, entrou em vigor em 18 de março de 2.016.

³⁴⁵ Sobre o tema, observa Mônica Couto que “(...) a deformalização de controvérsias engloba a prática de atos que dispensem ou retardem, em alguma medida, a fruição da estrutura do Poder Judiciário ou o recurso ao instrumento de atuação da jurisdição. Noutro giro, observa-se que o fenômeno da deformalização pode ser vislumbrado com maior intensidade no âmbito da desjudicialização, materializada mediante expedientes de natureza extrajudicial, em decorrência da delegação, a outras instâncias, da possibilidade de exercer certas formas de tutela, excetuadas as medidas de natureza coercitiva e acautelatória. (...) Considerando-se que o acesso à justiça pode prescindir do acesso ao Poder Judiciário, referiu-se que a tendência ligada à extrajudicialidade possui seu maior expoente na desjudicialização, a qual pode ser conceituada como modalidade de tutela de direitos realizada para além da jurisdição,

retirando da esfera judicial atividades que geralmente eram afetas a ela.” (COUTO, Mônica Bonetti. *Desjudicialização e novo código de processo civil: análise à luz das técnicas inseridas no sistema processual brasileiro*, São Paulo: Revista de Processo, vol. 271/2017, p. 420)

³⁴⁶ Vittorio Denti identifica duas tendências relativamente ao movimento em direção a formas adequadas de resolução de litígios: uma tendência à desformalização e outra tendente à deslegalização (DENTI, Vittorio. *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*. Rivista di Diritto Processuale, 1980, p. 420). Em sentido análogo, Ada Pelegrini Grinover trabalha os conceitos de deformalização do processo e deformalização da controvérsia. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias*. Revista de Informação Legislativa. n. 97, ano 25. Brasília: Senado Federal, 1988.p. 195)

³⁴⁷ HILL, Flávia Pereira. *Desjudicialização e acesso à justiça além dos Tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial*. Revista Eletrônica de Direito Processual. Ano 15, volume 22. Rio de Janeiro. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, pag. 388.

livre o acesso ao Poder Judiciário, tão somente.

Tendo como premissa tais circunstâncias, destaca Grinover que o efetivo acesso à justiça depende de múltiplos fatores, entre eles “a organização de serviços voltados ao tratamento adequado das controvérsias, inclusive com a utilização de mecanismos consensuais de solução

de conflitos, como a mediação e a conciliação”.³⁴⁸ Justamente por isso, continua, entende-se que “o efetivo acesso à justiça é aquele que gera acesso à ordem jurídica justa, o que vai além do acesso ao Judiciário, não podendo o tema ser estudado nos acanhados limites de acesso aos órgãos judiciários existentes no país.”³⁴⁹

³⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Seoul conference 2014 Constitution and proceedings - Effective Access to Justice: the right to Access to Justice and Public Responsibilities*. São Paulo: Revista de Processo, vol. 250/2015, p. 19.

³⁴⁹ Destaca ainda Grinover, *op. cit.*: “acompanhando a “terceira onda renovatória do processo” segundo Cappelletti, grande avanço, no que diz respeito ao aspecto prático do acesso à justiça no Brasil, foi trazido pela Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, regulamentando a conciliação e a mediação em todo o país e estabelecendo diretrizes aos Tribunais; seu principal objetivo é a melhora da prestação jurisdicional, com o incentivo e regulamentação dos métodos consensuais de solução de conflitos (mediação e conciliação) que levam à pacificação social e, consequentemente, tornam efetivo o princípio constitucional do acesso à justiça, que exige não só efetividade, celeridade e adequação da tutela jurisdicional, mas uma atenção do Poder Judiciário a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses. As experiências desenvolvidas no Brasil permitem constatar que o “acesso à ordem jurídica justa” se viabiliza com a condução efetiva do processo pelo juiz (gerenciamento do processo e gestão cartorária) e com a utilização não só de métodos consensuais de solução de conflitos, mas também por serviços de cidadania e orientação jurídica, que levam à pacificação social, advindo daí o abrandamento da morosidade da justiça, a diminuição do número de processos e de seus custos.”

³⁵⁰ No mesmo sentido, destaca Fichtner, com enfoque especial na arbitragem: “(...) quando o dispositivo constitucional faz menção ao ‘Poder Judiciário’, cumpre entender que, na verdade, ele quer se dirigir a todos os personagens que atuam no sentido de prestar jurisdição aos cidadãos, o que inclui os árbitros. Por conseguinte, pode-se concluir também que quando a Constituição faz referência, no dispositivo constitucional em tela, ao ‘Poder Judiciário’, na verdade ela se dirige também aos árbitros, responsáveis que são, igualmente, pelo exercício da jurisdição. Em uma frase, o que se garante é o acesso à justiça – e, portanto, também à via arbitral – e não o acesso exclusivo ao Poder Judiciário. Onde a Carta Magna estatui que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, deve-se ler “a lei não excluirá da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a direito”. Trata-se de concepção fundamental, ademais, para afastar qualquer incompatibilidade entre a garantia de acesso à justiça e a arbitragem, pois, na verdade, a via arbitral é uma das formas de concretização do acesso à justiça. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de entender, consoante consta do voto do Ministro Luiz Fux, que “a adoção da via arbitral, por meio de cláusula compromissória, não viola o princípio da inafastabilidade de lesão ou ameaça de direito pelo poder judiciário (art. 5.º, inciso XXXV, a Constituição Federal), mas ao contrário, o realiza, porquanto opção para a solução de controvérsias, adotada livremente pelas partes, em conflitos que versem acerca de direitos disponíveis (STJ, Corte, SEC n.º 854/EX, Min. Sidnei Beneti, j. 16.10.2013, DJ 07.11.2013)” (2018, p. 155).

Essa a opção legislativa, inclusive, adotada pela nova codificação processual civil, que em seu artigo 3º contempla o princípio do acesso à justiça (*caput*)³⁵¹, conjugado com os métodos adequados de solução de conflitos nos subsequentes parágrafos.

Revela-se nesta norma, mais do que em qualquer outra em nosso sistema jurídico³⁵², a adoção do sistema multiportas proposto pelo professor emérito Frank Sander, da Universidade de Harvard, em 1.976, para o qual a jurisdição não deveria ser a única e tampouco a primeira técnica de solução de conflitos a ser implementada quando do surgimento de um conflito de interesses.

Demais disso, a política judiciária consagrada na Resolução 125/10³⁵³ do Conselho Nacional de Justiça trouxe avanços sensíveis no paradigma dos serviços judiciários e corroborou a interpretação mais ampla do princípio em exame: mais do que garantia de acesso à jurisdição, está-se diante de garantia de acesso à ordem jurídica justa, o que inclui a utilização do método

de solução de conflito mais adequado ao litígio em concreto, que pode ser, assim como a jurisdição típica, heterocompositivo (a que se soma a arbitragem), ou, como na negociação, conciliação ou mediação, autocompositivo.³⁵⁴

Daí porque o artigo 1º daquela Resolução expressa que todos os jurisdicionados têm direito “à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”, incumbindo aos órgãos judiciários oferecer “outros mecanismos de solução de controvérsias, em especial dos chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

De fato, a preocupação com a legitimidade do provimento, indissociável da participação popular – Muller³⁵⁵, por exemplo, parte da ideia de um círculo de legitimidade segundo o qual o povo elabora as normas, por seus representantes, e deve ser julgado por estas mesmas normas –, o que no processo é garantido especialmente pelo princípio do contraditório substancial³⁵⁶, pode ser amplificada

³⁵¹ E sem menção à expressão “Poder Judiciário” utilizada no inciso XXXV do art. 5º da CF/88.

³⁵² Como a do artigo 334 do Código de Processo Civil, que a partir do modelo multiportas impõe a realização obrigatória, em regra, de audiência de conciliação ou de mediação, no procedimento comum, antes mesmo da apresentação de resposta pelo réu.

³⁵³ Resolução nº 125 de 29/11/2010, que “dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.”

³⁵⁴ Vide, a respeito, WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça*

multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 5-6.

³⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. *Legitimidade como conflito concreto do Direito Positivo*. Cadernos da Escola do Legislativo - e-ISSN: 2595-4539, [S.l.], v. 5, n. 9, p. 7, nov. 2019. ISSN 2595-4539. Disponível em: <https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/ojs/index.php/cadernos-ele/article/view/269/222>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2023.

³⁵⁶ Esclarece Dierle Nunes (*O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa*. In: Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. DIDIER JR., Fredie Souza (Coord.), Salvador: JusPodivm, 2007, p. 66-67), com supedâneo em Cattoni de Oliveira, que “o

para a legitimidade do método de solução de conflito, facultando-se ao litigante a escolha e construção, também, daquele que é mais adequado para o caso em concreto.³⁵⁷

Não poderia ser outra a leitura se em nossa constituição federal também figuram como normas fundamentais a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, a primeira a assegurar a tutela dos direitos dos cidadãos de forma efetiva, o que só é possível a partir de um acesso à justiça pleno; a segunda a permitir a liberdade

de escolha, pelo litigante, quanto ao método de solução para seu conflito, desde que respeitadas as balizas constitucionais.³⁵⁸

Conclui-se, do até aqui exposto, que: a) o princípio constitucional do acesso à justiça desborda da ideia de mero acesso à jurisdição, abrangendo, também, todo e qualquer método que seja mais adequado à solução de um conflito considerado em seus caracteres próprios³⁵⁹; b) o nosso sistema processual adotou o modelo

que garante a legitimidade das decisões são antes direitos e garantias fundamentais, de caráter processual, atribuídas às partes (...) além da necessidade racional de fundamentação das decisões. Ainda que o Direito se refira à coletividade como um todo, nos discursos de aplicação essa necessidade de legitimidade afeta diretamente aqueles que sofrerão os efeitos do provimento jurisdicional.”

³⁵⁷ Sobre a democratização do acesso à justiça, destaca Boaventura Souza Santos: “A democratização da administração da justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política. Esta democratização tem duas vertentes. A primeira diz respeito à constituição interna do processo e inclui uma série de orientações tais como: o maior envolvimento e participação dos cidadãos, individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça; a simplificação dos actos processuais e o incentivo à conciliação das partes; o aumento dos poderes do juiz; a ampliação dos conceitos de legitimidade das partes e do interesse em agir. A segunda vertente diz respeito à democratização do Acesso à Justiça. É necessário criar um Serviço Nacional de Justiça, um sistema de serviços jurídico-sociais, geridos pelo Estado e pelas autarquias locais com a colaboração das organizações profissionais e sociais, que garanta a igualdade do Acesso à Justiça das partes das diferentes classes ou estratos sociais. Este serviço não deve ser limitar

a eliminar os obstáculos econômicos ao consumo da justiça por parte dos grupos sociais e culturais, esclarecendo os cidadãos sobre os seus direitos sobretudo os de recente aquisição, através de consultas individuais e coletivas e através de acções educativas nos meios de comunicação, nos locais de trabalho, nas escolas etc.” (SOSA ANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 177.)

³⁵⁸ Tais normas estão previstas, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, e 5º, inciso II da constituição federal. Destaca Ronnie Preeus Duarte que “a dignidade da pessoa humana só pode, em termos potenciais, ser alvo de veraz proteção e garantia, enquanto aos cidadãos for assegurada a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para a tutela de seus direitos, notadamente aqueles que gozam de dignidade constitucional. Ausente tal possibilidade e restando inviável a autotutela, ao cidadão violado em seus direitos fundamentais nenhuma possibilidade restaria, senão resignar-se com a afronta ao seu direito.” (DUARTE, Ronnie Preeus. *Garantia de acesso à justiça*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 87)

³⁵⁹ Em sentido similar, Mancuso: “O acesso à justiça deve, assim, desvestir-se dos excessos que o têm feito operar como um perigoso ‘convite à demanda’ para, realisticamente, reduzir-se a uma cláusula de reserva, a uma oferta residual, operante num renovado

multiportas, explícito na codificação processual civil, mas também subsumido das previsões da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça; e c) a solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade é um direito do jurisdicionado, derivado do princípio do acesso à justiça conjugado com aqueles da dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade, e portanto inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, sendo dever dos órgãos judiciários oferecê-los e garanti-los.

2. MICROSSISTEMA DE MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA.

A interpretação de acesso à justiça integrada a uma visão holística

ambiente judiciário, plasmado sob 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; (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, senão que também – e em certos casos até preferivelmente – por meio dos equivalentes jurisdicionais, tais as formas alternativas de solução de conflitos, nas várias modalidades auto e heterocompositivas.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. 3. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: editor JusPodivm, 2020, p. 83)

³⁶⁰ Mais exatamente, 77,3 milhões de ações, segundo o mais atual relatório CNJ, de 2022, “Justiça em números”, disponível em [https://www.cnj.jus.br/wp-](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/sumario-executivo-jn-v3-2022-2022-09-15.pdf)

dos métodos adequados de solução de conflitos é inescapável.

A ampla possibilidade de acesso ao Judiciário, no Brasil, ainda que precarizada e não raro sem a estrita observância do devido processo legal – especialmente em relação a um dos princípios dele derivados, qual seja, o de duração razoável do processo –, tem diversas consequências, entre elas um passivo de ações em curso na casa de dezenas de milhões.³⁶⁰³⁶¹

Daí porque, com cada vez mais frequência, percebe-se a defesa da utilização de serviços voltados ao tratamento adequado das controvérsias, em relação de complementariedade (e não de subsidiariedade) com a jurisdição estatal.³⁶²

Para a devida integração do princípio do acesso à justiça e os

[content/uploads/2022/09/sumario-executivo-jn-v3-2022-2022-09-15.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/sumario-executivo-jn-v3-2022-2022-09-15.pdf)”, acesso em 10.03.2023.

³⁶¹ “Por impressionantes que possam ser os registrados noutros países, é nos Estados Unidos que a ADR se tomou o núcleo dos desenvolvimentos mais sensacionais. O atual diretor da American Bar Foundation, Professor Bryant Garth, agudamente observou que, diversamente de quanto ocorre em alguns países europeus, o acesso à Justiça não é visto ali como um “direito social”, mas antes como um “problema social”, do qual uma solução consiste em retirar dos tribunais boa quantidade de litígios. ADR adquiriu tamanha importância nos Estados Unidos que passou a ser objeto de cursos básicos em Faculdades de Direito.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. São Paulo: Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 41/2014, p. 414)

³⁶² O que gerou a evolução da denominação “meios **alternativos** de solução de conflitos” para “meios **adequados** de solução de

métodos adequados de solução de conflitos, deve se fazer uso da proposta do então professor emérito de Harvard, Frank Sander, que em 1976 proferiu palestra na Suécia, *Pound Conference*, na qual destacava a incapacidade dos Tribunais de resolverem litígios familiares – a ideia de que o Judiciário poderia talvez não ser a melhor forma de resolução de alguns conflitos estava lançada.³⁶³

A hipótese por detrás do conceito das múltiplas portas é a de se demonstrar que existem diversas possibilidades para que um conflito seja dirimido, e que o Judiciário não é a única delas, e tampouco deve ser a primeira. Segundo SANDER:

A ideia inicial é examinar as diferentes formas de resolução de conflitos: mediação, arbitragem, negociação e “med-arb” (combinação de mediação e arbitragem). Procurei observar cada um dos diferentes processos, para ver se poderíamos encontrar algum tipo de taxonomia para

*aplicar aos conflitos, e que portas seriam adequadas a quais conflitos.*³⁶⁴

Dada a preocupação com o grande número de demandas submetidas ao Judiciário norte americano – como ocorre amiúde no Brasil -, o Professor Sander sugere a exploração de outros métodos de solução de conflitos, a partir do exame de cada um dos objetos litigiosos e daquele melhor, em potencial, para dirimi-los.

Tal ideia de justiça multiportas foi adotada pela nossa codificação processual civil, conquanto que de forma incipiente – se, por um lado, a conciliação e a mediação judiciais foram minudentemente disciplinadas; por outro lado outros métodos poderiam ser mais bem integrados à jurisdição estatal, como, de resto, se propõe no presente texto. É importante destacar, nessa ordem de ideias, que nenhum método³⁶⁵, e aqui se inclui a jurisdição estatal, é *de per si* superior ou inferior

conflitos” para parte expressiva da doutrina. Sobre o tema, destaca Dinamarco que “a percepção da existência de uma tutela adequada a cada tipo de conflito levou parte da doutrina brasileira a ver de um modo diferente a arbitragem, a mediação e a conciliação, que, de meios sucedâneos, equivalentes ou meramente alternativos à jurisdição estatal, teriam ascendido à estatura de instrumentos mais adequados de solução de certos conflitos (mais adequados que a jurisdição estatal). Propõem que a garantia constitucional de acesso à justiça (...) seja vista como compreensiva da justiça arbitral e também da conciliativa, todas elas incluídas no amplo quadro da política judiciária.” (*Teoria Geral do Processo*. 32. Ed., rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2020, p. 37)

³⁶³ Conforme NOGUEIRA, Gustavo Santana. O

sistema de múltiplas portas e o acesso à justiça no Brasil: perspectivas a partir do novo código de processo civil. São Paulo: Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil. vol. 1/2018, p. 34.

³⁶⁴ *Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas*. In: ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 25-38, transcrito por NOGUEIRA, Gustavo Santana, *op. cit.*

³⁶⁵ Os mais tradicionais no Brasil são conciliação, mediação, arbitragem e negociação. Mas também existem outros pouco explorados, tais como facilitação (*facilitation*); *fact-finding*; *mini trial*; círculos de diálogo de paz;

aos outros, devendo ser indagado, a partir de certa taxionomia³⁶⁶, qual é o mais **adequado**³⁶⁷ para cada caso em concreto.³⁶⁸

Conclui-se, portanto, que de uma perspectiva de um modelo de processo democrático, qualquer método de solução de conflitos, desde que adequado àquela hipótese fática, pode ser utilizado organicamente com a jurisdição, mesmo que o processo

esteja já pendente – especialmente quando se detecta a possibilidade de manejo da técnica adequada desde a primeira audiência (ou mesmo antes dela).

2.1 A FUNGIBILIDADE DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA COGNIÇÃO CIVIL BRASILEIRA.

convenção de procedimento participativo francesa; *mediation-arbitration* (*med arb*); *baseball arbitration*; sessão de mediação inicial requerida (especialmente na Itália); *summary jury trials*; *early neutral evaluation* e *neutral expert fact-finding*sem, sem se olvidar da possibilidade de uso, na maioria delas, de um sistema de resolução de conflitos *on-line* (ODR). (conforme FIÚZA, 2001, p. 97-98; ASSIS, 2019, p. 406-413 e FRANCO, 2021, p. 455-461). O comitê de resolução de disputas (*dispute board*), embora ainda não tão utilizado quanto os quatro principais métodos adotados no país, já ganha espaço inclusive no direito positivo nacional, como é exemplo o artigo 151 da nova lei de licitações (nº 14.133/21). Na seara penal, também ganha cada vez mais destaque a Justiça Restaurativa.

³⁶⁶ Os critérios sugeridos pelo Prof. Frank Sander envolvem: a) a natureza do conflito; b) o relacionamento entre as partes (a técnica deve variar a depender da relação entre os litigantes, especialmente se de continuidade, ou não); c) o valor da disputa; d) os custos da resolução da disputa e e) o tempo médio de duração do método.

³⁶⁷ A propósito da solução adequada de conflitos, Kazuo Watanabe de há muito defendia que “o preceito constitucional que assegura o acesso à justiça trazia implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o acesso à Justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário” (*in Modalidade de mediação*. Série Cadernos do

CEJ, v. 22, p. 43-50, 2003, p. 44).

³⁶⁸ De forma elucidativa, Carlos Alberto Carmona explica essa ideia: “Hoje soa claro que para uma questão de mudança de guarda de filho o meio mais adequado (sempre em linha de princípio, como é evidente) seria a mediação, que facilitaria o diálogo (normalmente difícil) entre pais separados, em prol dos interesses do filho; uma pendenga que envolva sócios oriundos de uma mesma família também pode ser mais bem dirimida com a intervenção de um mediador, que propicie o diálogo entre os sócios (na verdade, diálogo entre parentes!) para propiciar a sobrevivência do bem comum (a sociedade). Já uma disputa entre empresas possivelmente será mais bem solucionada se entrar em cena um conciliador, que funcione como verdadeira ‘usina de ideias’, apresentando parâmetros para diminuir perdas ou riscos por conta de alegados inadimplementos contratuais. De outra banda, já se sabe que levar ao Poder Judiciário uma controvérsia de caráter comercial, com seus naturais ingredientes de complexidade, pode não ser o melhor caminho para uma solução eficaz (e verdadeiramente pacificadora) da contenda: a arbitragem pode, então, ser uma alternativa adequada para tais causas do comércio, nacional ou internacional, graças à possibilidade de nomeação de julgador privado especializado, que resolverá com rapidez e sigilo questões técnicas e muitas vezes delicadas” (*A Arbitragem como Meio Adequado de Resolução de Litígios*, in Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional, RICHA, Morgana de Almeida e PELUSO, Antônio Cezar (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 200).

Para o exato delineamento da hipótese ora apresentada, mostra-se imprescindível uma breve incursão na hermenêutica constitucional.

Sendo assim, não se pode olvidar, a partir do giro hermenêutico constitucional ocorrido ao longo do século XX, que: a) texto legal difere de norma, admitindo-se interpretação sistemática e lógica da constituição federal brasileira de 1.988 que permite, por exemplo, considerar-se outras possibilidades de solução de conflitos presentes na própria carta constitucional³⁶⁹³⁷⁰; b) os princípios jurídicos são espécies de norma e são dotados de eficácia, mesmo para dirimir caso concreto; e c) toda norma constitucional tem aplicabilidade imediata, dispensando mediação legislativa³⁷¹.

Significa dizer que a (re)leitura e aplicação prática do princípio constitucional do acesso à justiça

proposta independe de qualquer providência do legislador infraconstitucional.

Se o texto de uma regra infraconstitucional destoa da norma extraída de um princípio constitucional – no caso, do acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal -, de menor relevo a circunstância de que aquela regra não esgota todas as possibilidades deste último.

Evidentemente, o princípio constitucional terá aplicabilidade ampla e imediata, ressaindo como dever do Estado assegurá-lo.

Se, como demonstrado acima, a concepção moderna do princípio do acesso à justiça é indissociável dos métodos adequados de solução de conflitos, há de se considerar a existência de um microsistema³⁷² de tais métodos atuando na cognição civil

³⁶⁹ A exemplo da Justiça Desportiva, tratada no artigo 217 da Constituição Federal, e das funções atípicas judicantes do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

³⁷⁰ Tal constatação corrobora a hipótese do texto, que ademais não é nova, de que a solução de conflitos no Brasil não é atividade exclusiva do Poder Judiciário.

³⁷¹ Sobre o tema, conferir NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2014; e NUNES. Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord). *Constituição e*

Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

³⁷² Sobre os métodos autocompositivos de solução adequada de conflitos destaca GRINOVER que "(...) pode-se falar hoje de um minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos, formado pela Resolução no 125 do CNJ, pelo CPC e pela Lei de Mediação, naquilo em que não conflitam." (in Si, B./L. / *O novo código de processo civil*. Grupo GEN, 2015. p. 01). A hipótese desenvolvida no texto, a partir da hodierna interpretação do princípio do acesso à justiça, vai além da proposta da Profª Grinover, pois defende-se um microsistema de todos os métodos de solução de conflitos, incluindo os heterocompositivos, bem como os inusuais, além do que se sustenta que são todos eles intercambiáveis, a depender da taxionomia a ser aplicada no caso concreto.

brasileira³⁷³, de sorte que se aproveitem os mais diferentes métodos nos mais diferentes procedimentos de tal natureza.

Mesmo que o legislador infraconstitucional tenha sido tímido na tentativa de integrar mais métodos alternativos à jurisdição estatal, a interpretação ampliada do princípio do acesso à justiça garante que o leque de técnicas seja ofertado ao jurisdicionado, sempre tendo como limite os princípios do devido processo legal e da autonomia da vontade das partes, e levando-se em conta as nuances do caso concreto.

3. ALGUMAS APLICAÇÕES POSSÍVEIS DA HIPÓTESE EM DESENVOLVIMENTO.

Todos os métodos de solução de conflitos, incluindo a jurisdição estatal (mas não se esgotando nela), devem estar disponíveis às partes litigantes, como derivação de seu direito de acesso à justiça, dignidade da pessoa humana e autorregramento da vontade,

idealmente examinados sob perspectiva taxonômica e científica em cotejo com o litígio individualmente examinado, com vistas a uma tutela adequada.³⁷⁴

Se, por exemplo, ao longo do procedimento especial de uma ação possessória, na audiência de justificação constatar-se a partir da taxionomia que o método mais indicado para a solução do litígio é a mediação, não deve haver qualquer empecilho à sua utilização, muito embora a codificação processual civil trabalhe preferencialmente com a conciliação em casos que tais.³⁷⁵

No procedimento cognitivo civil comum é poder dever do juiz promover a autocomposição a qualquer tempo (inciso V do art. 139 CPC); sendo dever do Estado promover a solução consensual dos conflitos (§ 2º do art. 3º CPC), segundo a dicção do texto legal. Mas e se o caso concreto tiver a indicação de método heterocompositivo, notadamente a arbitragem³⁷⁶, para ser dirimido? Deveria ser restringida a possibilidade de sua

³⁷³ Fala-se em cognição como limite, não absoluto, porquanto na execução já se pressupõe existência de título executivo e menor espaço para utilização de métodos adequados de solução de conflitos. Todavia, nada impede o uso de tais métodos também no *iter* procedimental executivo, sempre que de interesse dos litigantes.

³⁷⁴ Idealmente, esse sistema multiportas deve se estabelecer em momento pré-processual, prevenindo a judicialização de conflitos e permitindo à Jurisdição Estatal assumir seu papel constitucional indispensável. Porém, dada a taxa de congestionamento atual do Poder Judiciário, e a baixa (proporcionalmente) adesão aos diversos métodos adequados de solução de conflitos no Brasil, faz-se necessária a abertura de portas outras de solução de conflitos também

endoprocessualmente. Aqui, já se está diante de tentativa de desjudicialização, que também é intentada pela Meta 09 do Conselho Nacional de Justiça elaborada à luz da Agenda 2030 da ONU.

³⁷⁵ O mesmo raciocínio se aplicaria, em qualquer procedimento da cognição civil brasileira, se o método ideal, pelo menos potencialmente, fosse o comitê de resolução de disputas; a arbitragem, o *med arb*; a negociação, ou qualquer outro apto a fornecer o acesso à ordem jurídica justa, com tutela adequada.

³⁷⁶ Em resposta a tal indagação e a partir das premissas do texto, há Programa (interinstitucional e transdisciplinar) de Pesquisa e Extensão universitário em desenvolvimento no Estado de Minas Gerais que, a partir de convênio (Termo de Cooperação n. 114/22) com o respectivo Tribunal de Justiça, procura

solução adequada somente em razão da limitação do texto normativo, em descompasso com a principiologia constitucional?

Evidentemente, a resposta é negativa. A norma extraída daqueles dispositivos do Código de Processo Civil, portanto, sob a égide do princípio do acesso à justiça, é a de que é poder dever do juiz - e dever do Estado - garantir e promover a solução adequada ³⁷⁷ do conflito mediante a utilização de qualquer dos métodos de solução de conflitos, desde que mais indicado ao caso e acordado entre as partes (não se admite compulsoriedade da opção, sob pena de ofensa, aí sim, ao art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), a todo momento.

Tais concepções se aplicam também a qualquer procedimento da cognição civil, comum ou especial, não havendo sentido, lógico ou jurídico, em se limitar a adoção a um único método discriminado no texto legal, se frequentemente não será ele o mais indicado para solucionar adequadamente o conflito.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que todos os métodos adequados de solução de conflitos são intercambiáveis entre si, fungíveis, e o

que irá definir a sua adoção, ou não, em determinado litígio, são as suas peculiaridades, como possibilidade de acordo; complexidade; tempo médio necessário para solução; relação entre as partes; custo; etc., e não o recorte legislativo gramatical do texto infraconstitucional.

Assim, se o artigo 21 da Lei 9.099/95, que regula o procedimento cognitivo dos Juizados Especiais, disponibiliza ao jurisdicionado a “conciliação” como método alternativo a ser intentado, pela interpretação do princípio do acesso à justiça ora exposta também está disponibilizando arbitragem, mediação, negociação, facilitação (*facilitation*), *fact-finding*; *mini trial*; círculos de diálogo de paz; *mediation-arbitration* (*med arb*); comitê de resolução de disputas, etc.

O mesmo vale para a previsão de qualquer dos métodos em qualquer procedimento da cognição civil no Brasil. Quando a lei infraconstitucional menciona um, está assegurando todos³⁷⁸.

Negar-se tal possibilidade aos litigantes equivale a negar-lhes acesso à ordem jurídica justa, *i.e.*, acesso à justiça em sua concepção mais ampla e democrática. Para tanto, o papel da

identificar processos que tramitam indevidamente perante o Poder Judiciário para que seja ofertada a arbitragem, acadêmica, e gratuita, no intento de uma solução adequada ao conflito e em atendimento ao propósito de desjudicialização incentivado pelo Conselho Nacional de Justiça (meta 09).

³⁷⁷ Nessa seara, e a partir do escólio de Kazuo Watanabe, Diogo Rezende de Almeida de fende a existência de um princípio da adequação, pelo qual se deve avaliar qual o método ideal para a solução de cada tipo de

conflito. **(Novamente o princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos, In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 925-951)**

³⁷⁸ Evidentemente, não serão utilizados todos os meios adequados para o mesmo processo ao mesmo tempo, mas apenas aquele mais indicado a partir da taxionomia descrita no texto.

Universidade é fundamental, pois as propostas aqui debatidas envolvem uma mudança da cultura do litígio no país e a necessidade de capacitação e desenvolvimento do maior número de discentes (e porque não o dizer, também de docentes), de diversos cursos (mas indispensavelmente do curso de direito), nos mais variados métodos adequados de solução de conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio do acesso à justiça, em seu viés mais moderno e democrático (já que deve contemplar a escolha do jurisdicionado também em relação ao método de resolução do litígio), para além de legitimar o uso da mediação e da conciliação no procedimento comum da cognição civil brasileira, *in latere* permite o uso de qualquer meio adequado para a solução da lide.

A possibilidade de acesso a todos os métodos de solução de conflitos, à escolha do litigante e de acordo com a sua adequação ao litígio, é direito do jurisdicionado no Estado Democrático de Direito, e deriva da interpretação conjugada do próprio princípio do acesso à justiça com os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade.

O sistema processual brasileiro adotou o modelo multiportas, explícito na codificação processual civil, mas também subsumido das previsões da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça que, somado à interpretação proposta de acesso à justiça, permite a conclusão de que há um microssistema envolvendo todos os

métodos adequados de solução de conflitos tratados nos mais variados textos legislativos infraconstitucionais (ou mesmo pouco explorados) – a exemplo do artigo 3º e seus parágrafos, bem como o artigo 334, ambos da codificação processual civil, que cuidam da mediação e da conciliação; do artigo 24 da Lei 9.099/95, que trata da arbitragem; da inclusão do comitê de resolução de disputas na nova lei de licitações, artigo 151 da lei n. 14.133/21, etc.

A título ilustrativo, em qualquer dessas audiências (a de conciliação do procedimento dos Juizados Especiais; de mediação/conciliação do procedimento comum da Lei nº 13.105/15, Código de Processo Civil, entre muitas outras), se infrutífera a tentativa de composição, que pode se dar por qualquer das técnicas disponíveis para tanto – mediação, conciliação ou negociação, destacadamente – pode ser oferecida, por exemplo, a arbitragem como método a ser usado para dirimir o litígio, que ainda apresenta algumas vantagens, em certos casos, frente à jurisdição estatal.

Mesmo quando judicializada a lide, a solução do conflito por meios adequados à sua natureza e peculiaridade é um direito do jurisdicionado, sendo dever dos órgãos judiciários oferecê-los e garanti-los.

Propõe-se, ademais, a coparticipação das Instituições de Ensino Superior do país na função de ofertar gratuitamente, e com qualidade, os mais variados métodos adequados de solução de conflitos, o que idealmente se dará com convênios celebrados junto ao Poder Judiciário.

A adoção de tal hipótese insere-se dentro das diretrizes recentes do Ministério da Educação e do Conselho Nacional de Justiça, além de incentivar a formação de uma nova geração de operadores de direito que possam superar o padrão tradicional de solução adversarial de conflitos.

Trata-se de medida com potencial de contribuir sobremaneira para a desjudicialização de conflitos e para a mudança de perspectiva de seu tratamento, a partir de pesquisa e extensão desenvolvidas nas múltiplas instituições de ensino (notadamente o jurídico) superior no país.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Carolina Azevedo. *A justiça multiportas e os meios adequados de solução de controvérsias: além do óbvio*. São Paulo: Revista de Processo, vol. 297/2019, p. 399-417.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier e ÁVILA, Henrique. *Gestão judicial e solução adequada de conflitos: um diálogo necessário*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 843-853.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- _____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. São Paulo: Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 41/2014, p. 281 – 302.
- CARMONA, Carlos Alberto, *A Arbitragem como Meio Adequado de Resolução de Litígios, in Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*, RICHA, Morgana de Almeida e PELUSO, Antonio Cezar (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2012, p. 03.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: Revista de Direito Comparado, v. 3 (1999), maio 1999, semestral, Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.
- COUTO, Mônica Bonetti. *Desjudicialização e novo código de processo civil: análise à luz das técnicas inseridas no sistema processual brasileiro*, São Paulo: Revista de Processo, vol. 271/2017, p. 405 – 425.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva e Cia., 1946.
- DENTI, Vittorio. *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*. Rivista di Diritto Processuale, 1980.
- FICHTNER, José Antônio, et al. *Teoria Geral da Arbitragem*. São Paulo: Grupo GEN, 2018.
- FIÚZA, César Augusto de Castro. *Formas alternativas de solução de*

- conflitos. In* Temas atuais de direito procesual civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 73-100.
- FRANCO, Marcelo Veiga. *Os principais métodos adequados de solução de conflitos utilizados nos Estados Unidos da América. In:* Revista de Processo, vol. 314/2021, p. 429 – 461.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias.* Revista de Informação Legislativa. n. 97, ano 25. Brasília: Senado Federal, 1988.
- _____. *O novo código de processo civil.* São Paulo: Grupo GEN, 2015.
- _____. [et al]. *Seoul conference 2014 Constitution and proceedings - Effective Access to Justice: the right to Access to Justice and Public Responsibilities.* São Paulo: Revista de Processo, vol. 250/2015, p. 17 – 31, Dez/2015.
- HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia.* Tradução: Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, n. 3, p. 107-121, jan./jun./1995.
- HILL, Flávia Pereira. *Desjudicialização e acesso à justiça além dos Tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial.* Revista Eletrônica de Direito Processual. Ano 15, volume 22. Rio de Janeiro. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito.* 3. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: editor JusPodivm, 2020.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.* Trad. Peter Naumann. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.
- _____. *Legitimidade como conflito concreto do Direito Positivo.* Cadernos da Escola do Legislativo - e-ISSN: 2595-4539, [S.l.], v. 5, n. 9, p. 7-37, nov. 2019. ISSN 2595-4539. Disponível em: <https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/ojs/index.php/cadernos-ele/article/view/269/222> . Acesso em: 23 maio 2021.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. *O sistema de múltiplas portas e o acesso à justiça no Brasil: perspectivas a partir do novo código de processo civil.* São Paulo: Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil. vol. 1/2018.
- _____. & TEIXEIRA, Ludmila. *Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos.* Revista de Processo, vol. 217/2013, p. 75-120, março de 2013.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.* 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.
- WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses. In:* ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem*

e outros meios de solução
adequada para conflitos. Salvador:
Ed. JusPodivm, 2017.

THE ABUSE OF PROCESS DOCTRINE IN THE ANGLO-SAXON SYSTEM: A RECONSTRUCTION AT THE ANTIPODES OF THE EUROPEAN SYSTEM.³⁷⁹³⁸⁰

O ABUSO DA DOUTRINA DO PROCESSO NO SISTEMA ANGLO-SAXÃO: UMA RECONSTRUÇÃO NOS ANTÍPODAS DO SISTEMA EUROPEU.

Dimitris Liakopoulos

Full Professor of European Union Law at the Fletcher School-Tufts University (MA in international law and MA of Arts in Law and diplomacy). Full Professor of International and European Criminal and Procedural Law at the De Haagse Hogeschool-The Hague. Professor of International Law at Massachusetts Law School. Attorney at Law a New York and Bruxelles. ORCID ID: 0000-0002-1048-6468.

ABSTRACT: The present survey is based on the analysis of the abuse process in the common law system, in particular in the system of the United States. Looking at the Anglo-Saxon system, the overall theoretical abuse of process is based on the principle of fairness: if a fair trial cannot take place, or it would be unfair to continue a criminal trial against anyone, the basic concept is that we are facing a "false" process. The accused is no longer in a position to exercise his faculties and rights fully. To continue would be an outrage against the moral integrity of the system and, at the same time, unjustly trying to at least provide a "hard" and essential guarantee core, to protect the overall fairness of the proceeding which, therefore, would represent the final horizon towards which every (procedural) means is projected.

KEY WORDS: abuse of right, abuse of process, criminal action, double jeopardy, abuse of right in Anglo-Saxon system, autrefois acquit, autrefois convict.

RESUMO: A presente pesquisa baseia-se na análise do processo de abuso no sistema common law, em particular no sistema dos Estados Unidos. Olhando para o sistema anglo-saxão, o abuso teórico geral do processo é baseado no princípio da justiça: se um julgamento justo não pode ocorrer, ou seria injusto continuar um julgamento criminal contra qualquer pessoa, o conceito básico é que estamos diante de um processo "falso". O acusado não está mais em condições de exercer plenamente suas faculdades e direitos. Continuar seria um ultraje contra a integridade moral do sistema e, ao mesmo tempo, tentar injustamente fornecer pelo menos um núcleo de

³⁷⁹ Artigo recebido em 17/04/2020 e aprovado em 12/09/2023.

³⁸⁰ The present work is updated until April 2020.

garantia “duro”; e essencial, para proteger a equidade geral do processo que, portanto, representaria o horizonte final para o qual todos os meios (processuais) são projetados. Palavras-chave: abuso de direito, abuso de processo, ação penal, dupla incriminação, abuso de direito no sistema anglo-saxão, absolvição autrefois, autrefois condenado.

INTRODUCTION

The so-called functional profile of the abuse of process³⁸¹, as reconstructed in the Anglo-Saxon process system, can perfectly be grasped in the following consideration: "the topic must be taken seriously in

order to preserve the welfare of the system"³⁸².

To be honest, the reflection just mentioned has in this regard the civil trial. In fact, even in the Anglo-Saxon legal system, as in the Italian one, the institute in question originates on the civil procedural ground, as a form of remedy-the distorted use of action or of certain procedural instruments³⁸³. And, as equally brought to light, even in the Anglo-Saxon system, like what is found in the domestic system, we are faced with a notion of origin, matrix? jurisprudence, therefore, outside the positive legal grids

The words mentioned above, however, are exactly translatable to the criminal trial³⁸⁴, because of the identity

³⁸¹Part of the present work is referred to the first edition of my monograph: D. LIAKOPOULOS, *The different form of abuse of law and process in the European Union*, Vandepul Publishing, Florida, 2019.

³⁸²N. ANDREWS, *Abuse of process in english civil litigation*, in A.A.V.V., (ed.), *Abuse of procedural rights: Comparative standards of procedural fairness*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 98 and in the same spirit see also: R. BRAY, *Beckford and beyond. Some developments in the doctrine of abuse of process*, in *Denning Law Journal*, 19, 2007, pp. 69ss.

³⁸³R v Forbes, ex p Bevan, [1972], 127 CLR 1, 7, per Menzies J; Taylor v Taylor, [1979], 143 CLR 1, 6, per Gibbs J.; Castro v Murray, [1875], LR 10, Ex 213; Asmore v British Coal Corporation, [1990], 2 QB 338, 348; Bhamjee v Forsdick Practice Note, [2003], EWCA Civ 1113, [2004], 1 WLR 88, 33; Laing v Taylor Walton, [2007], EWCA Civ 1146, [2008], PNLR 11, 303; Jameson v Central Electricity Generating Board, [1998], QB 323, 344. For more details see: I.H. JACOB, *The inherent jurisdiction of the Court*, in *Current Legal Problems*, 43, 1990, pp. 43ss. R.G. FOX,

Criminal delay as abuse of process, *Monash University Law Review*, 64, 1990, pp. 74ss. J.A. JOLOWICZ, *Abuse of the process of the Court: Handle with care*, in *Current Legal Problems*, 43, 1990, pp. 78ss. K. MASON, *The inherent jurisdiction of the Court*, in *Australian Law Journal*, 57, 1983, pp. 449ss. P.H. WINFIELD, *The history of conspiracy and abuse of legal procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 1921. S. SINE, *A practice approach to civil procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2016. S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach to alternative dispute resolution*, Oxford University Press, Oxford, 2012. A. KEANE, P. MCKEOWN, *The modern law of evidence*, Oxford University Press, Oxford, 2014. P. ROBERTS, *Excluding evidence as protecting constitutional rights*, in L. ZEDNER ROBERTS JV (eds.), *Principles and values in criminal law and criminal justice. Essays in honour of Andrew Ashworth*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 172ss.

³⁸⁴A. CHOO, *Abuse of process and judicial stays of criminal proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 2.

of essence and ratio of the category in both the trial seats.

As will be seen, the essence of the abuse of process (it is given by the discretion, indeed, had specific regard to what is the paradigmatic model of the reaction to the distorted practices put in place by the prosecutor (consistent prosecutor), consistent in the arrest of criminal proceedings by order of the judge, the doctrine in word would also borrow the name: abuse of process discretion (or doctrine). With extreme synthesis, we could say that the lemma discretion assumes a double value on the side of process abuse by operating in two directions.

One can look at it from the perspective of prosecution (prosecutorial discretion): the theoretical object of the analysis that will follow, in fact, originates directly from the need to prevent prosecutor's discretion in the exercise of prosecution can be solved in an intolerable prejudice charged to the accused (up to compromising, as we shall see, the overall fairness of the procedure). But it can be watched from a further angle. The foundation of the power-duty of the judge's intervention, faced with the abuses of the public part, is given by what appears to be an intrinsic element of the jurisdiction: judicial discretion, we can for now define it as (the hyperbole is allowed) the quintessence of the

common law: the power to "individualize" justice.

Apparently, we are faced with distinct concepts; one would say: a discourse is the discretionality of the accusation in the exercise of one's functions, another is that which directs the work of jurisprudence. In reality, the overall theoretical abuse of process shows its mutual specularity, so much could be affirmed-that there would be no reason to conceive a judicial discretion in the matter in question, where the prosecutorial discretion was not postulated upstream. Which, in simpler terms, would be like saying: there would be no reason for the jurisprudence to invent a remedy of a discretionary nature, if there was no need to reject an abuse of discretion by the prosecution.

More in detail: in what sense the arrest of the procedure by order of the judge, due to an abuse of the process, is the exercise of a "discretionary" power? "The power to stay is said to be discretionary. In this context, the word "discretionary" indicates that, although there are some clear categories, the circumstances in which proceedings will constitute an abuse of process cannot be exhaustively defined and, in some cases, minds may differ as to whether they do constitute an abuse. It does not indicate that there is a discretion to refuse a stay if proceedings are an abuse of process or to grant one if they are not"³⁸⁵.

³⁸⁵R v Carroll, [2002], HCA 55, par Gaudron and Gummow JJ. For more details see: A. ASHWORTH, M. REDMAYNE, The criminal process, Oxford University Press, Oxford, 2010, chapter 1-3. A. SANDERS, R. YOUNG, M. BURTON, Criminal justice, Oxford University

Press, Oxford, 2010. M.D. DUBBER, T.H. ÖRNLE (eds), The oxford handbook of criminal law, Oxford University Press, Oxford, 2014. P. ROBERTS, J. HUNTER, Criminal evidence and human rights. Reimagining common law procedural traditions, Hart Publishing, Oxford &

We immediately find a fundamental indication, both of a dogmatic (a concept of discretion with regard to the abuse of process), and of a methodological nature. The selection of behaviors that integrate an abuse constitutes a discretionary operation: being inseparable to form a closed number, they will be evaluated case by case (fact-finding approach). Rather, it is the reaction to the established abuse that, if this has irremediably compromised some fundamental interests of the criminal system, it establishes a real duty on the part of the judge³⁸⁶.

With this, pay attention, it is not to say that the methodological approach just mentioned translates into the impossibility of tracing real paradigmatic cases of abuse of process. Indeed, the guidelines emerged in practice seem to indicate the opposite, showing a progressive effort by the Anglo-Saxon jurisprudence to settle application and interpretation modules characterized by the setting of standards rules and, at the same time, not to rectify the symptoms of abuse cases within a closed number. On the other hand, we are dealing with a highly malleable and magmatic material. This aspect is reflected in the evolutions

of a discipline which, on closer inspection, presents itself as an open "container": some prosecution practices, which are at a specific moment in history without specific sanctions, could subsequently - by changing the address jurisprudential - fall within the specter of the abuse of process doctrine.

To summarize, in terms of the abuse of process doctrine, discretion is a qualifying element in a double sense: both in the perspective of the accusation and in that of the jurisdiction.

To be sure, if one looks at the side of jurisdiction, one would be tempted to place the remedy in question in the subjective situation of duty³⁸⁷: where the existence of certain premises is verified, the judicial obligation to provide (one could observe) is triggered. In fact, however, the operating procedures that characterize this dogmatic category, in addition to the exceptional nature of the related sanction, which will therefore intervene if another legal instrument is not invocable and only following a balancing of interests in conflict (intrinsically unpredictable evaluation, strictly dependent on the circumstances of the specific factual context³⁸⁸), they illuminate the above reported

Oregon, Portland, 2012, pp. 164ss. C. TAPPER, Cross & Tapper on evidence, Oxford University Press, Oxford, 2010.

³⁸⁶Hunter v Chief Constable of West Midlands Police, [1982], AC 529, par Diplock J. For further details see: K. PITCHER, Judicial responses to pre-trial procedural violations in international criminal proceedings, ed. Springer, Berlin, 2017, pp. 260ss. I.H. DENNIS, The law of evidence, Sweet & Maxwell, London, 2014.

³⁸⁷A. CHOO, Abuse of process and judicial stays of criminal proceedings, op. cit., pp. 2ss. R v

Horseferry Road Magistrates' Court, ex p Bennett, [1994], 1 AC 42, 74, per Lord Lowry. For more analysis see: R. TER HAAR, A. LANEY, M. LEVINE, Construction insurance and UK construction contracts, ed. Routledge, London & New York, 2016.

³⁸⁸R v Martin, [1998], AC 917, 926; R v Burns, [2002], EWCA Crim 1324, [27]. Jones v Kernott' [2012] Conveyancer & Property Lawyer 159; J Mee 'Jones v Kernott: Inferring and imputing in Essex' [2012] Conveyancer & Property Lawyer 167. Chaudhary v Chaudhary [2013] EWCA Civ

fundamental trait: essentially, discretionary power.

The natural (if we may say so) course of the procedure provides for the duty of the judge to ascertain the merits of the punitive pretension: “the normal course should be that any criminal charge should proceed to full trial, and it is only in the most exceptional circumstances (...) that the court should exercise its undoubted discretion to prevent such a course on the basis that the proceedings amount to an abuse”³⁸⁹. Which is to say: the accusation has the (discretionary) power to conduct the accused before the court for an examination on the merits of imputation (the latter, which corresponds to an obligation, in principle); in the same way, it is a fundamental public interest to repress crimes and punish the guilty. Nonetheless, the misuse of the prosecution's prosecution (abuse) cannot be tolerated in any way: with the consequence that, in exceptional situations, the interests referred to are “sacrificed” in the face of the moral prejudice that the system of justice would suffer or what the defendant would suffer if the procedure continued (danger of condemnation of an innocent).

1.GENESIS OF THE REMEDY.

Where does the recognition in the head of the judge of the power-duty to block the progression of the trial process

come from when an abuse of the public prosecutor takes place?

As already anticipated at the beginning of the work, the perspective of framing the Anglo-Saxon doctrine is diametrically antithetical to the European one. Again with reference to the criminal system, in the European legal system the abuse arises essentially as an instrument of reaction to the obstructionist conduct put in place by the defendant or his defender, when (to repeat a known and representative slogan) the last end of the first becomes the defense “from the” process and not “in” the process. If we want, then, the abuse of the process is conceived in a repressive key: it is necessary to protect the efficiency of the judicial machine, as well as the interest in the celebration of the process in reasonable time, even if this involves the denial of an abstractly legitimate faculty.

On the contrary, as already mentioned in the previous paragraph, the notion of abuse of process is a guarantee: in the Anglo-Saxon justice system, the prosecution is in principle an option of the public prosecutor, to whom the selection is of what is “concretely” worthy of persecution; the need to contain the possible diversions, therefore, could be said to be physiological to a system so conceived: if you want, the doctrine in word arises from an awareness, that is between discretion (in the exercise of criminal action) and arbitrariness passes a very

758, [2013] Family Law 1257. For further details see: B. SLOAN, Keeping up with the Jones case: Establishing constructive trusts in “sole legal

owner” scenarios, in *Legal Studies*, 35 (2), 2015, pp. 228ss.

³⁸⁹In this sense: *v CPS v Tweddel*, [2001], EWHC Admin 188, [2002], 1 FCR 438, [6].

thin border that, if not well subjected to scrutiny, risks resolving itself into an intolerable detriment to the accused and consequently of the system as a whole.

Hence the first caution to be considered in terms of comparative analysis: we are not dealing with a safeguard clause for objective or systemic needs, such as the efficiency of the procedural machine or the rationality of its functioning (interests that, if anything, they can find protection through the Anglo-Saxon doctrine of abuse in an indirect way, by reflex). Shifts-so we could say-the context of values: the parameters of reference are others. The foundation of the power-duty to punish, here, revolves around two poles that, inevitably, must be in balance: on the one hand, we have the claim to the persecution of the crime-facts; on the other hand, that of ensuring fairness of the process (which, we will deepen it, does not mean other than guaranteeing the starting conditions of the process such that the probabilities of condemnation are equivalent to those of not guilty).

In any case, we continue with the tracing of the basis of power-duty to stop the proceeding.

The leading cases would be many. However, the following can be taken as an example. The *R v Connelly*, [1964], AC 1254, 1296 case posed the problem-we will see it in more detail later, when we will proceed to the analysis of the symptomatic cases of abuse of process-of the limits and the operational boundaries of the double jeopardy rule. In other words, the prohibition of double judgment (an expression within which the spectrum of contents and discipline

of the aforementioned doctrine can be contained) does not provide the defendant with a comprehensive protection: there are situations, in fact, in which the establishment of a according to the judgment, against the same person for the same fact (or for facts strictly connected to those for which a judgment has taken place), it emerges from the "coverage" area of the rule referred to; nevertheless, that which is not expressly forbidden would not become legitimate for this reason: under certain conditions, the second judgment would be unfair or, in any case, materialize in an injury to the morality of the justice system.

In this specific case, even, the power-duty of the court to react to the wrong behavior by the prosecution would not only stop the progress of the procedure, but also extend to the possibility that the process begins (in short, cutting it on the to be born). Which, beyond any technical consideration inherent in the contents of this power-duty, sounds like a caveat to the public part: jurisdiction has "inherent (physiological) power", capable not only of questioning the mode of proceed with the accusation, but also and above all the self. In fact, the judge recognizes a basic prerogative: "to prevent a trial from taking place [in the exercise of its] residual discretion (...) are the courts to rely on the Executive to protect their process from the abuse? Have they not themselves an inescapable duty to secure fair treatment for those who come or are brought before them? To questions of this sort there is only one possible answer. The court cannot contemplate for a moment the

transference to the Executive of the responsibility for seeing that the process of law is not abused (...)”³⁹⁰.

This with regard to the legitimacy of this jurisdictional attribution. It should be opportunely highlighted, however, that this is a residual clause, intended to operate in very exceptional circumstances (extraordinary power). And it is on this point that, in reality, the greatest difficulties in application are concentrated. It would therefore be a question of identifying the conditions under which recourse to this power is inevitable.

It has been said that when the accusation is promoted, the court must proceed to verify its validity; in short, there arises the duty to dissolve an alternative: guilty or not guilty. This is true in principle, since there are four fundamental exceptions. In particular, the obligation in question is canceled if: -the criminal action is impracticable; -falls in the area of direct operation of the double jeopardy rule (autrefois acquit or autrefois convict); -there is an order not to prosecute the attorney-general (nolle prosequi); -there is a lack of jurisdiction of the court in question³⁹¹.

Now the anti-abuse clause constitutes the fifth exception, adding to the precedents listed above, which are traditionally accepted by the Anglo-Saxon jurisprudence as true limits to the

exercise of the *ius dicere*.³⁹². In any case, the essence of the doctrine in analysis (better: the final sanction in which it is substantiated), also looked at from this visual angle, remains unchanged: it is a remedy for a genetic defect or arising from the action exerted by the public, the jurisdiction is based on a discretionary determination of the prosecutor, who is responsible for choosing to start or not the actual trial, but the impropriety of action can affect the "opportunity" of the action or, more accurately, the fairness of the process. In these cases, it cannot be continued.

At this point it is necessary to confront a further question: from a technical point of view, what is the arrest of the criminal procedure (stay)?

This is a notion that cannot easily be managed by the Italian jurist (more in general, perhaps, than that of civil law). In fact, in our legal system there is no residual clause by which the judge can order the non-prosecution of the trial (or action): it has a dry alternative, condemnation or acquittal and, it is worth noting, among the causes of acquittal in detail indicated by the law, nothing is found that comes close to the remedy in question.

On the material level, it is not difficult to understand what the arrest of the procedure consists of: the trial ends by express order of the judge. We will not

³⁹⁰R. PATTENDEN, Pre-verdict judicial fact-finding in criminal trials with justice, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 29 (1), 2009, pp. 6ss.

³⁹¹B. SLOAN, Keeping up with the Jones case: Establishing constructive trusts in "sole legal owner" scenarios, *op. cit.*

³⁹²R v Chairman, County of London Quarter Sessions, ex p Downes, [1954], 1 QB, 1. R.

PATTENDEN, Abuse of process in criminal litigation, in *Journal of Criminal Law*, 53, 1989, pp. 34ss. R. PATTENDEN, The power of the Courts to stay a criminal prosecution, in *Criminal Law Review*, 1985, pp. 175ss. A. OWUSU-BEMPAH, Silence in suspicious circumstances, in *Criminal Law Review*, 2014, pp. 128ss.

go further (save, clearly, the possibility for the accusation of proposing an appeal). On the other hand, from a technical point of view, it is inevitable to combine with absolution; because, in substance, the effect (better: the benefit) that the defendant draws from both the pronouncements is the same. However, this does not detract from the fact that the stay of the proceeding and acquittal are distinct objects; the first must also be distinguished from another type of judicial decision, with which it would share even more evident affinity margins (verdict of not guilty): “where a defendant arraigned on an indictment or inquisition pleads not guilty and the prosecutor proposes to offer no evidence against him, the court before which the defendant is arraigned may order that a verdict of not guilty shall be recorded without any further steps being taken in the proceedings, and the verdict shall have the same effect as if the defendant had been tried and acquitted on the verdict of a jury or a court (...)”³⁹³. To simplify, we can say that acquittal and verdict of not guilty are assimilated by the law in terms of the effects resulting from their pronouncement: *ne bis in idem*. With the second, the arrest of the procedure evidently shares a (if we may say so) methodological aspect: in both cases, in fact, there is no real assessment on the merits of the sub-judicial affair that instead distinguishes

the absolution (the defendant is found not guilty following the preliminary investigation and assessment of the fact by the jury).

If so, the real discrete line between the order of non prosecution due to the abuse of trial and the two other rulings can only be constituted by that of the consequential effects: only acquittal or verdict of not guilty follows the prohibition of double judgment (operating for the same, therefore, the aforementioned double jeopardy rule).

Not for the first one: there is something similar, but not the same. Unless there is authorization from the court, the establishment of a second judgment against the same person for the same fact, already arrested for having abused the trial, will also constitute an abuse of the process, with identity of consequences.

However, in this scenario it is not possible to exclude an alternative outcome: that the prosecution does not add any evidence against the defendant, with the result: no case to answer. In this case, the accused can benefit from a verdict of not guilty, with full operation of the *ne bis in idem*³⁹⁴.

2. JURISDICTION AND EXECUTIVE: THE DOCTRINE OF ABUSE AT THE "TEST BED" OF INTERFERENCE BETWEEN POWERS.

³⁹³Criminal Justice Act 1967, Section 17. See in argument for more details and analysis: A. OWUSU-BEMPAH, Judging the desirability of a defendant's evidence: An unfortunate approach to s.35(1)(b) of the criminal justice and public order act 1994, in *Criminal Law Review*, 2011, pp.

692ss. A. GILLESPIE, S. WEARE, *The english legal system*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

³⁹⁴R v Thompson, [2006], EWCA Crim 2849, [2007], 1 WLR 1123. R. PATTENDEN, Abuse of process in criminal litigation, op. cit., p. 353ss. A. CHOO, Abuse of process and judicial stays of criminal proceedings, op. cit., p. 9.

It is inevitable: the theory of abuse of process involves the problem of the relationship between jurisdiction and the judiciary magistrature. To better say: in the aforesaid terms, the problem could be faced with the "lens" of Italian law; in the Anglo-Saxon system, we should more correctly speak of: relations between jurisdiction and executive power³⁹⁵.

Here, of course, the interference that is recreated as a result of the application of the discipline of the abuse takes on significantly greater dimensions and pregnancies: not unjustly, in fact, it has been highlighted that this doctrine resolves into questioning the same discretion inherent in exercise of executive power³⁹⁶. In some ways, it was said before: the use of process discretion is the necessary response to the distortions of prosecutorial discretion. The link or, in other words, the interference between the same is a congenital aspect of the overall reconstruction.

In practice, the paralysis of a criminal proceeding on the assumption of the unfair (or, in any case, grossly negligent) conduct of the prosecutor, is substantiated (the expression is allowed) in an invasion of the field: indeed, if the choice inherent to the exercise of the action belongs to the executive (Crown Prosecution Service), the order to block the progression is ingested directly in the same opportunity

of the act of impulse (i.e. judgment of inopportunity of continuation).

In order to carry out a reflection of greater theoretical rigor, in the Anglo-Welsh system, the approach of the abuse of process would be at first reading an obvious dystonia with the adversary trial: it is an acquired principle that, following the exercise of criminal action, the relationship between the judge and the prosecution is confined to what happens inside the classroom³⁹⁷; so, it would lose relevance, always on the general level, as materially occurring before or outside (among which, obviously, also those events that would in fact create the conditions of an abuse of the process and, therefore, of the application of the relative sanction). The underlying logic is crystalline, especially for the jurist accustomed to confront the principle of phase separation: the trial is impermeable terrain to what happened extra moenia, coming into play the state of mental neutrality of the judge (of the jury).

In this way, the improper conduct of the prosecutor (prosecutorial misconducts) should be distinguished according to the procedural moment in which they are placed: where they are put in place in court, the judge has full power of intervention (in general, the discipline in question is derived from the police and criminal evidences act of 1984)³⁹⁸, reporting the dialectic in the

³⁹⁵A. CHOO, Abuse of Process, and judicial stays of criminal proceedings, op. cit., p. 9.

³⁹⁶See the observations of Viscount Dilhorne, in DPP v Humphrys, [1977], AC 1.

³⁹⁷Collier v Hicks, [1831], 2 B & Ad 663, 668, 670, 672. see, G. DURSTON, Evidence. Text and materials, Oxford University press, Oxford, 2011.

³⁹⁸A. GILLESPIE, S. WEARE, The english legal system, op. cit.

correctness path³⁹⁹; different discourse would apply to what was done in the phases prior to the trial: from the point of view of the system axioms, it should not even be known by the judge of merit, on pain of an entry of the judge in the field of investigations⁴⁰⁰.

Similarly, the speech in question can be done with reference to the police. The traditional Anglo-Welsh setting provided for the responsibility of the said organ both in relation to investigations and to the exercise of the action; the Prosecution of Offences Act of 1985⁴⁰¹ has significantly changed the scenario: the Crown Prosecution Service was established, a body of state officials responsible for conducting criminal proceedings following the decision of the police to start (in essence, the latter residual the initial choice to institute criminal proceedings against anyone, being differently attributed to the official of the state the power is to conduct the subsequent investigations, which exercise the prosecution). On closer inspection, if there is no doubt that the legislation referred to has visibly changed the relationship between police and prosecutor, we cannot even say that, due to the "new" set-ups introduced, the actions of the police are subtracted from

the court's of abuse, sensing the risk that the choice relating to the establishment of a criminal proceeding is dictated by reasons that exceed the aims of justice or, to be clear, extremely vexatious. We agree, we foresee instruments aimed at putting an embankment to abuse of this type: the director of public prosecutions, in fact, can order at any time of the preliminary stage the interruption of criminal proceedings⁴⁰², if you find reasons for inappropriateness of the continuation of the process; however, it does not seem that this mechanism is able to eliminate at the root any potential liability profile for the police in the event of an abuse of process⁴⁰³.

Returning to the central core of the reflection, we can ask ourselves an essential question: if-as it seems to understand-the assessment of an abuse of the trial by the judge cannot disregard the knowledge of what happened before the trial or, anyway, at the external, are we facing a doctrine in contrast with one of the fundamental axioms of the accusatory process? Beyond any possible conjecture or attempt to compose the potential conflict of powers, the most appropriate response would seem positive. But on the other hand: can the judge rely

³⁹⁹R v Kalia, [1974], 60 Cr App R 200, 211; R v Maynard, [1979],

⁴⁰⁰Cr App R 309, 317-8; R v Olivia, [1965], 49 Cr App R 298; R v Tregear, [1967], 2 QB 574; R v Roberts, [1985], 80 Cr App R 89. For more analysis see: A. CHOO, Evidence, op. cit. R. GLOVER, Murphy on evidence, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 690ss.

⁴⁰¹A. GILLESPIE, S. WEARE, The english legal system, op. cit.

⁴⁰²Prosecution of Offences Act (1985), Section 23. For more analysis see: A. GILLESPIE, S. WEARE, The english legal system, op. cit.

⁴⁰³See in matter the Prosecution of Offences Act (1985). For more details: F. BENNION, The new prosecutorial arrangements: (1) The Crown Prosecution Service, in Criminal Law Review, 1986, pp. 4ss. K.W. LIDSTONE, The reform prosecution process in England: A radical reform?, in Criminal Law Journal, 21, 1987, pp. 296ss. A. GILLESPIE, S. WEARE, The english legal system, op. cit.

entirely on the executive, excluding for this reason that the trial is never subject to abuse by the former?

However, there is a different key to reading. The obligation enshrined in constitutional law principally concerns the exercise of the action: the sanctioned reserve, therefore, takes the form of the exclusive attribution to the public prosecutor of the ownership of the act of impulsion which, once it has been put in place, irreversibly rooted the control of the jurisdiction; so - it does not seem entirely irrational to observe - an eventual collocation (assuming: *de iure condendo*) on the judge of power to stop the criminal trial begun, on the basis of an abuse that makes (so to say) unfair the procedure, it would not really conflict with the obligatory nature of the prosecution, since, in any case, it has already been exercised. A different matter would be in the hypothesis of preventive syndication: a possible mechanism of *ex ante* control regarding the opportunity of the exercise act would undoubtedly conflict, meeting a pre-announced fate (declaration of illegitimacy). Indeed, probably, the very existence of the obligation enshrined therein if, on the one hand, excludes any invasion "from the outside" in relation to the act of impulse, on the other, would make *ex-post* judicial control necessary.

3.THE CONCEPT OF JUDICIAL DISCRETION.

It will be opportune some clarification in point of judicial

discretionality (judicial discretion) that, as already pointed out, constitutes a key element both for the purpose of the understanding as well as in a perspective of framing the essence of the Anglo-Saxon doctrine of the trial abuse. Indeed, one (so to call it) *actio finium regundorum* of the discretion of the judge in the Anglo-Welsh system should serve to recreate a compromise between the instances of reasonableness (or, as we shall see shortly, of "individualization" of the abstract rule) and those containing the authoritative power.

Reduced the question to the minimum terms, it is a matter of differentiating the discretion from what is its conceptual antipode: the rule of law.

In general, if this last expression identifies a rule-written or not-from the rigid prescriptive content (where the material of the case would follow an exactly predetermined effect), the first lemma would postpone otherwise to the possibility for the judge to orient himself in the individual case in the choice of the concrete solution, through a margin of maneuver (more or less broad) dictated upstream by the law.

This cannot be the place to discuss the philosophical reasons underlying the adoption of operating modules marked by discretion, or the extension that it would be appropriate to recognize within the jurisdictional function⁴⁰⁴. But of course it is a point: that a minimum coefficient of discretion is necessary in judicial activity; if,

⁴⁰⁴A.M. GLEESON, Individualised justice-The holy grail, in Australian Law Journal, 20, 1995, pp.

422ss. C.E. SCHNEIDER, Discretion and rules: A lawyer's view, in K. HAWKINS (ed.), The uses of

indeed, the rigidity of the abstract rule (rule of law) would guarantee the best of legal certainty, not providing (ideally) any margin in the adoption of viable solutions in the individual case, or the predictability of the effects expected from materializing of a behavior described by the case, on the other: “rules without discretion cannot fully take into account the need for tailoring results to unique facts and circumstances of particular cases. The justification for discretion is the need for individualized justice (...)”⁴⁰⁵.

Therefore putting aside the main function of judicial discretion, we must dwell on the way to identify its essence.

In other words: what is meant by judicial discretion? The settings substantially matured on the point are two. Like the first, judicial discretion would be a decision-making power totally free from the law (unfettered power). Otherwise speaking: if the law, in a given situation, imposed the behavior A, the judge could deviate from the legal prescription not only not following the legal command, but even independently elaborating a different solution (B)⁴⁰⁶. The setting in question would sound suggestive, but it does not convince: it greatly enhances the moment (so to speak) creative of the rule by the judge; nevertheless, it is badly suited to the theory of the abuse of the process. As

will be better seen in the following paragraphs, the overall construction of the same is based on rigid values, which tend to be incompressible (in terms of the principle of legitimacy and fairness) and, therefore, insane as regards derogation or balancing with interests of an adverse sign. Wanting to exemplify, the adoption of such an approach could entail an eventual fact: there is abuse when the process is unfair; however, if the upstream rule configured by the abuse of process doctrine would impose the arrest of the proceeding in this case, the judge could also deliberately depart from it.

Therefore, the second is better: discretion is the ability attributed to the judge to move within an operating margin or appreciation, prepared by law (open-texturedness) in order to “individualize” the abstract content of a rule in the individual case (but without, as it would be in the context of the first approach, that this entails freedom for the judge to choose whether or not to apply the basic precepts).

To clarify: “a discretion necessarily involves a latitude of individual choice according to the particular circumstances, and differs from a case where the decision follows *ex debito iustitiae* once facts are ascertained (...)”⁴⁰⁷.

discretion, Oxford University Press, Oxford, 1992. C.R. SUNSTEIN, Problems with rules, in California Law Review, 83, 1995, pp. 953ss. L. GELSTHORPE, N. PADFIELD, Exercising discretion, ed. Routledge, London & New York, 2012, pp. 217ss.

⁴⁰⁵K.C. DAVIS, Discretionary justice: A preliminary inquiry, op. cit., pp. 17ss.

⁴⁰⁶A. CHOO, Abuse of process and judicial stays of criminal proceedings, op. cit., pp. 156ss.

⁴⁰⁷Evans v Bartlam, [1937], AC 473, 489 per Lord Wright. For more details see: R. PATTENDEN, The judge, discretion, and the criminal trial, op. cit., pp. 4ss. Y.M. MORISSETTE, The exclusion of evidence under the Canadian Charter of Rights

Arguments then (perhaps, but so it would seem) sufficient to anticipate a consideration that will certainly be useful in the continuation, when we will go into the analysis of the doctrine in question: if, as already anticipated, the judicial discretion constitutes a physiological aspect to the theory of abuse, the latter must logically be conceived in the dual dimension of power-duty of the judiciary. With greater clarity: the judge has ample room for maneuver in the reconstruction of situations that legitimize the adoption of remedies established by the doctrine in comment; the diagnosis of such "symptomatic" situations, however, if it gives positive results, results in an obligation: the application of the sanction (arrest of the procedure).

4.THE QUALIFYING ELEMENTS OF THE DOCTRINE.

It is now a matter of summarizing the hypotheses of application of the doctrine of procedural abuse; better to say: the operational "poles" of the theory. In essence: in which cases can one generally say that an abuse of the process has occurred? Which, on balance, would be tantamount to establishing the qualifying element for the purposes of judicial diagnosis. The Anglo-Saxon jurisprudence has settled on a double characterization of abusive conduct: "(...) the jurisdiction to stay can be exercised in many different circumstances. Nevertheless two main strands can be detected in the

authorities: -Cases where the court concludes that the defendant cannot receive a fair trial; -Cases where the court concludes that it would be unfair for the defendant to be tried. In some cases of course the two categories may overlap (...) ⁴⁰⁸.

The reference parameters are therefore two. In the first hypothesis, the process is "falsified" at origin: contrary to fairness, therefore the defendant is not in a position to exercise full and adequate defense (we will discuss in the next paragraph of the concept of fairness). In the second, although the fairness of the process is not in question and, therefore, the capacity of the accused to elaborate an effective line of action, it would be unfair to prolong the exercise of the punitive pretension, contrary to the moral integrity of the system (moral integrity of justice).

The doctrine in question constitutes the crossroads of two parameters of different nature. Around the first operative pole, the idea of the risk of an unjust conviction rotates: we are therefore faced with a direct intrinsic policy of the system (intrinsic policy), aimed at protecting more than the correct functioning of the judicial machine, that of avoid the condemnation of an innocent; on the second, otherwise, the image of the ethical integrity of the system of justice (extrinsic policy) is thickened: even if there is no risk of reaching the conviction of an innocent subject, the interest in punishing the perpetrators degrades to this a point that can be said to be non-

and Freedoms: What to do and what not to do, in McGill Law Journal, 30 (4), 1984, pp. 554ss.

⁴⁰⁸R v Beckford, [1996], 1 Cr App R 94, 100-1.

existent (related) to the continuation of the procedural process.

Certainly, the second area of operation is the one most difficult to handle by the Italian jurist: it involves for the judge, when assessing an abusive conduct on the part of the prosecutor, the adoption of metagiuridic reference parameters. We could try to summarize it:“(...) in these cases the question is not so much whether the defendant can be fairly tried, but rather whether for some reason connected with the prosecutors’ conduct it would be unfair to him if the court were to permit them to proceed at all. The court’s inquiry is directed more to the prosecutors’ behaviour than to the fairness of any eventual trial (...) if it is satisfied that it would not be fair to allow the proceedings to continue, the court does not then concern itself with the possibility that any ensuing trial might still be a fair one, because it will have

formed the prior view that it would not be fair to the defendant if it were to take place at all (...)”⁴⁰⁹. In essence, rather than focusing on an evaluation of an objective nature (if a fair trial is possible), the judicial assessment would be based on the subjective coefficient of guilt (or bad faith) of the accusation. As it is argued, in this last case the needs of safeguarding the procedural guarantees and those of “moralizing” the system interpenetrate. Comparing categories: principle of legitimacy and fairness. The fairness is polysemy: between system requirements, morality and subjective guarantees. We anticipated the question that will merge the subject of this paragraph: what should be understood by fairness of the criminal trial?

A simple semantic transposition would already highlight the problematic nature of the notion: a purely literal meaning would provide us with the term

⁴⁰⁹R (Ebrahim) v Feltham Magistrates’ Court, [2001], EWHC Admin 130, [2001], 1 WLR 1293, 20. For more analysis and details see: S. FAIRCLOUGH, It doesn’t happen...and I’ve never thought it was necessary for it to happen: Barriers to vulnerable defendants giving evidence by live link in Crown Court trials, in International Journal of Evidence & Proof, 21 (3), 2017, pp. 212ss. S. FAIRCLOUGH, Speaking up for Injustice: Reconsidering the provision of special measures through the lens of equality, in Criminal Law Review, 2018, 7ss. E. HENDERSON, Taking control of cross-examination: Judges, advocates and intermediaries discuss judicial management of the cross-examination of vulnerable people, in Criminal Law Review, 2016, pp. 184ss. J. JACKSON, S. SUMMERS, The internationalisation of criminal evidence: Beyond the common law and civil law traditions, Cambridge University Press, Cambridge, 2012. A. KIRBY, Effectively engaging victims, witnesses and defendants in the Criminal Courts: A question of “court

culture”?, in Criminal Law Review, 2017, pp. 950ss. A. LOUGHNAN, Between fairness and “dangerousness”: Reforming the law on unfitness to plead, in Criminal Law Review, 2016, pp. 452ss. R.D. MACKAY, Unfitness to plead-Data on formal findings from 2002 to 2014. London: Law Commission, 2016. J. MCEWAN, Vulnerable defendants and the fairness of trials, in Criminal Law Review, 2013, pp. 103ss. L. MULCAHY, Putting the defendant in their place: Why do we still use the dock in criminal proceedings?, in British Journal of Criminology, 53 (6), 2013, pp. 1140ss. A. OWUSU-BEMPAH, Judging the desirability of a defendant’s evidence: An unfortunate approach to s.35(1)(b) of the Criminal Justice and Public Order Act 1994, in Criminal Law Review, 2016, pp. 694ss. A. OWUSU-BEMPAH, Defendant participation in the criminal process, Routledge, London, 2017. R. DENYER, Case management in criminal trials, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2012.

"correctness, loyalty"; but it is not the only one: from a technical-legal point of view, it would correspond to "fairness". Which, in any case, would mean a lot: if the first meaning, in fact, evokes a dialectical scenario centered on the obligation of loyalty of the parties, the second aims straight not only to the need to respect the "rules of the game", but also to that of safeguarding the fundamental guarantees of the accused in the criminal proceedings. In essence, the polysemy of the lemma makes it clear of the ethical matrix of a principle that is subsequently placed within a technical framework.

We can also understand another fact: the concept of fairness poses the domestic jurist facing the same difficulties that in general would appear before the common law abuse doctrine: in addition to the deficiency of upstream legality, we are witnessing the merging of instances "moralizing" of the justice system and of the defense of the right of defense, with the inevitable consequences in terms of problematic classification. In any case, to attempt to clarify the content of the concept under analysis, one can move from the call of another fundamental principle in the context of the anti-abuse theory.

In the Anglo-Saxon system, the principle of legitimacy is the first foundation of both the *ius dicere* and the criminal justice system itself; at the base, there is the idea that jurisdiction derives legitimacy from the duty to protect two essential interests: the

protection of the innocent from unjust sentences and the safeguarding of the moral integrity of the system⁴¹⁰. Wanting to simplify to the maximum, with the first of the interests mentioned, we refer to the need to put the accused in starting conditions in which the probabilities of arriving at a non-guilty pronouncement are equivalent to those of a conviction. In short, a general idea of equality of arms is instilled in the system: it is impossible for it to take place if the criminal trial starts with a clear phase-shift between the accusation and the defendant, where the latter is not in fact able to prepare adequate defense. The nature of this first articulation of the principle of legitimacy is clearly transpired: it has a deliberately broad content, materializing more in an operational direction than in an exactly predetermined technical command: it expresses the need, both from a normative and strictly practical point of view, to guarantee the probable outcome of the equivalent process at the outset, so that always on a plan of principle, any conduct of a part aimed at undermining this ideal equilibrium must be censured.

The second content is different: it reconnects the foundation of the public power (in this case: jurisdiction and repression of crimes) to the collective custody that is placed on justice itself (public confidence). In other words, the idea of a justice system totally dissolved by an "ethical" control of the community cannot be in any way confirmed: repressing crimes is certainly of apical

⁴¹⁰A.A.S. ZUCKERMAN, Illegally-obtained-evidence-discretion as a guardian of legitimacy, in *Current Legal Problems*, 40, 1987, pp. 59ss.

interest; however, it is not possible to disregard the need for procedural fair play: this in turn implies that the accusation follows the good faith (to recall the duty of loyalty and probity of the parties), constituting this a real counter, limit to the exercise of punitive power: if exceeded, you would inevitably throw discredit on jurisdiction and justice.

The corollary of what has just been illustrated is summarized as follows.

Between the principle in question and the doctrine of abuse, with specific regard to the two outlined "poles" of operation (unfair trial/unfair to try), there is a close link, which would be summarized in the identity of the base of operations. In the wake of the first articulation of the principle of legitimacy, we find a content that is obviously corresponding to that of fairness: reduced the question to the minimum terms, guarantee initial conditions of the procedure such that the probabilities of condemnation correspond to those of absolution other does not mean if not avert the danger of an unjust conviction, *id est*: condemnation of an innocent. At the same time, if the process is unfair, there is a lack of legitimacy of the *ius dicere*; if this is connected to a conduct carried out by the public part, it cannot continue; similarly, a fair trial could also be possible, the conduct of the

magistrate could be contrary to the root of correctness: the protraction of the punitive pretension is morally unjustifiable. At a practical level, all this translates into a specific technical operation, to which the English judge is called if he considers the opportunity to paralyze the course of the proceedings due to an abuse of process. In particular, he will have to verify the existence of precise conditions: a) the protection of the not guilty by unjust sentences; when the first evaluation gives a positive outcome, b) that the interest in the repression of the guilty continues and, specularly, that c) such interests do not conflict with the moral integrity of the system.

Summing up: the application of the abuse of process doctrine will be possible if and because, alternatively, there is a real danger when an innocent defendant will be condemned or when the protraction of the procedure constitutes an outrage to the ethical image of justice (more concretely, to the collective trust-public confidence-towards the same)⁴¹¹.

Based on the considerations made, we would then arrive at a conclusion.

Intercurring an intimate link between the principle of legitimacy and the theoretical abuse of the process (constituting, indeed, the latter a sort of "emanation" of the first practice), we can

⁴¹¹R v Griffin, [2001], 3 NZLR 577, (2001) 19 CRNZ 47 (CA), per Richardson P, Blanchard and Tipping JJ at para 40; R v Forbes, [2001], 1 AC 473, [2001] 2 WLR 1 (HL); Brown v Stott, [2003], 1 AC 681 [2001] 2 WLR 817 (PC); Randall v R, [2002], 1 WLR 2237 (PC) [2002] UKPC 19 at para 28; Montgomery v HM Advocate, [2003], 1 AC 641,

[2001] 2 WLR 779(PC). For more details see: M. SPENCER, Concentrate questions and answers evidence, Oxford University Press, Oxford, 2016. B. EMMERSON, A. ASHWORTH, A. MACDONALD, Human rights and criminal justice, Sweet & Maxwell, 2012.

arrive at the delineation of the content of the process fairness: at the end of the reckoning, it would represent the place of mediation between a teleological projection of criminal process (given in the Anglo-Saxon system, as seen, by the repression of crimes), and that of respect for the defensive guarantees which, in the end, is embodied in the protection of the innocents from unjust sentences.

Consistently with these premises, the innate absoluteness of the rule in comment has been affirmed. It is rigid, unsuitable to found a balancing judgment with opposing values: “trial fairness is an absolute right in that nothing less than fairness to the accused is acceptable”⁴¹².

It would be worth, further, to remove it from any form of balancing test: it would escape compressions of sorts due to possible “counterweights” value⁴¹³. It would be an operation both illogical and juridically unsustainable in such a system: denying fairness is tantamount to denying the fundamentals of criminal jurisdiction.

5. BETWEEN THE ARREST OF PROCEDURE AND “INTERMEDIATE” SOLUTIONS: CRITERIA FOR CHOOSING AN EXTREME REMEDY.

As stated above, the arrest of the proceedings due to a procedural abuse

constitutes the remedy of last resort. It is not appropriate to dwell on the reasons for the exceptionality: needs linked to the effectiveness of criminal jurisdiction and the repression of crimes lead immediately to this conclusion. The real question is another: what are the “intermediate” solutions and, therefore, when it can be said that the same do not provide adequate protection, making appropriate the use of the “extreme” sanction?

The “case-by-case” approach (often highlighted) to the subject matter also precludes the elaboration of a general rule. In the same way in which it is not possible to give an exact definition of the abuse, letting the practice concretize its contents and operating procedures⁴¹⁴ from time to time, so it is not conceivable an abstractization of situations in which the remedy of last resort is imposed⁴¹⁵. On the other hand, reasoning is not exclusively linked to the physiological pragmatism of the abuse of process, but also to strictly technical considerations related to the changing nature of the concept of fairness over time: concretizing in an (implicit) reference to the operational rules that govern the development of the process, it is clear that the operative modulation (and the correlated eventual prejudice) of the same is affected by the normative or hermeneutical events that directly or indirectly affect it.

⁴¹²D. MATHIAS, The duty to prevent an abuse of process by staying criminal proceedings, ed. Robertson, 2004, pp. 6ss.

⁴¹³R v Narayan, Glazebrook J, HC Auckland T 2902: “(...) the balancing of probative value and prejudicial effect (...) is at the heart of the discretion to admit or exclude evidence (...)”.

⁴¹⁴Watson v Clarke, [1990], 1 NZLR 715, (1988) 3 CRNZ 67, par Robertson J.

⁴¹⁵A. PACIOCCO, The stay of proceedings as a remedy in criminal cases: Abusing the abuse of process concept, in Criminal Law Journal, 15, 2001, pp. 315ss.

Nevertheless, a rough reconstruction can be attempted for which the need to use the arrest of the proceeding was considered in previous case law cases. After all, even in a subject strongly dominated by interpretative and pragmatic oscillations like the one in question, a guideline is present: the prejudice deriving from the accused by the abuse. At the end of the day, this is at the same time the symptomatic element (of the incorrect procedural conduct) and the guiding criterion towards the opportunity of the "therapeutic" intervention of the jurisdiction⁴¹⁶.

A further common thread is found: alternative solutions to the arrest of criminal trial are resolved by judicial interventions on the admission or exclusion of the trial. In essence, if-as placed above in light-the interest most heavily guarded by the doctrine in question is constituted by fairness (in its dual articulation of technical operating rule and at the same time "ethics"), it is immediately apparent that the terrain most sensitive to abusive behavior of part, able to compromise (if we want to say) the genuineness of the dialectical process and, therefore, the substantial correctness and equality of weapons in the trial, is that of evidence. Without going too far into a complex area, we can

still say that even in the Anglo-Saxon system the judicial "treatment" of the trial follows a diversification of rules for the admission (and acquisition) of the trial and the final evaluation. The consequence is soon said. The alternative remedies to the penalty of maximum rigor are: the possible exclusion of the "contaminated" test (exclusion of tainted evidence); an invitation to caution formulated by the judge to the jury (judicial warning), in the sense of carefully weighing the weight to be attributed to a particular test or the specific meaning to be assigned to the same⁴¹⁷.

In which cases can we say that the exclusion of a trial is a more appropriate solution than the arrest of the procedure (or vice versa)?

As is known, consistently with the core principles of the adversarial trial of the Anglo-Welsh order, the supporting rule regarding the powers of intervention of the judge on the evidence (requests and/or produced by the parties) is summarized in the general prohibition for the judge of investigation on the method and on the operative modalities adopted by the parts for the obtainment or the finding of the trial during the investigations (lawfully evidence obtained)⁴¹⁸, except in exceptional circumstances, the seriousness of the

⁴¹⁶A. PACIOCCO, The stay of proceedings as a remedy in criminal cases: Abusing the abuse of process concept, op. cit.

⁴¹⁷D. MATHIAS, The duty to prevent an abuse of process by staying criminal proceedings, op. cit., pp. 2ss. See also the next cases: R v Grace, [1989], 1 NZLR 197; R v Sutton, [1988], 4 CRNZ 98 (CA); Mohammed v The State, [1999], 2 AC

111, 123 (PC); R v Buhay, [2003], 225 DLR (4th) 624, 2003 SCC 30.

⁴¹⁸R v Shaheed, [2002], 2 NZLR 377, 2002 19 CRNZ 165 (CA); R v Grayson and Taylor, [1997], 1 NZLR 399; R v Taylor, [1996], 14 CRNZ 426 (CA). J. JACKSON, S. SUMMERS, The internationalisation of criminal evidence: Beyond the common law and civil law traditions, op. cit.

conduct carried out by the public part, aimed at obtaining the proof, imposes its exclusion from the trial field⁴¹⁹.

Now it is clear that here we are facing a solution of high rigor; it is difficult to say which cases are justified in recourse to one rather than the other solution, showing the hermeneutical declinations that emerged in the courtrooms a wide oscillation between the choice to continue with a process vitiated by an improper conduct of the accusation and to recover the "orthodoxy" through the exclusion of the vitiated evidence, or on the contrary to definitively end its course⁴²⁰.

As you can see, the question revolves around the object of aggression. With greater clarity, we can say that if the overall fairness of the process is at stake, no balancing judgment will be possible: it was said before, enucleating the essential features of fairness, on the absoluteness and inelasticity of the same (for that same insusceptible to bend in front of antithetical interests). Otherwise, if the opposed interest is different, we will have to tend towards the solution of less rigor. The residual doubt, however, always invokes the terms and the degree of reliability of the judicial prognosis: in other words, with what degree of reasonableness one can say that the mere exclusion of proof will preserve the accused from the risk of an unjust conviction and that, for this reason, the

impartiality of the jury is sufficiently protected?

Even here, there is no definite answer. Too many allies and factors that can come into play: to illustrate, the demonstrative "weight" of the evidence that would be excluded from the final decision could play a decisive role; moreover, the gravity of the offense for which it proceeds and, consequently, the impact (in a broad sense) of emotion that it may have on the soul of the jurors could have little relevance.

The approach to the second problem is different. How to discern cases in which the arrest of the trial is justified by those in which a judicial warning is sufficient. It is opportunely repeated, the invitation made by the judge to the jury can be in a twofold alternative sense: in bringing an appropriate demonstrative "weight" to a test (or, on the contrary, in the invitation not to overemphasize its relevance); in assigning the correct "meaning" or representative content to the test. These are situations, however, more problematic: in cases of this type, in fact, a test has already been admitted and acquired (in the first case, however, the judge could also block the entry of the trial, denying admission). A proof, in short, here is already present in the process: acquired, has already entered the sphere of knowledge of the jury.

It would not be questioned here, at least in appearance, the legality of the proof itself, but the mere evaluative

⁴¹⁹R v Dally, [1990], 2 NZLR 184, 1990 5 CRNZ 687. For mode analysis see: D. MATHIAS, Discretionary exclusion of evidence, in New Zealand Law Journal, 20, 1990, pp. 25ss. J. JACKSON, S. SUMMERS, The internationalisation

of criminal evidence: Beyond the common law and civil law traditions,

⁴²⁰R v Looseley, [2001], UKHL 53 (25 October 2001), 2001 4 All ER 897 (HL).

moment of the same. Basically, it is rational to believe that a simple caveat to the jury provides adequate coverage of the process? On the other hand, even the exclusion at the root of the "poisoned fruit" would not elude doubts about the impartiality of the judge of the fact: denying the use of a given evidence for the decision does not mean to erase it from the memory of who learned the contents. In the end, it is a matter of practical sense: what - it seems - we must always have as a point of reference the danger of condemning an innocent person; if, therefore, even the exclusion of the proof (and not the simple invitation made by the judge to the jury) should not avert the risk in question, the arrest of the procedure would be an obligatory solution.

6. THE "CLINICAL" CASES OF THE ANGLO-SAXON SYSTEM.

A brief illustration of the "symptomatic" cases of abuse of the process in the Anglo-Welsh system is imposed to such an extent, albeit in a totally summarized manner. The caveat in the premise is the usual: these are practical examples (as well as conceptual), since it cannot be ruled out that the practice will increase the number of cases in the future, as well as a (so to speak) "trial" procedure, usually brought back to the phenomenology of the abuse, in the concrete case then do not configure it (or vice versa, that

empirical manifestations traditionally not brought back to the abusive practice subsequently become). In short, the anchoring of the judicial review to parameters of substantial sign, such as the concrete possibility for the accused to benefit from a fair trial or that in the specific case the continuation of the trial results in an outrage to the ethical integrity of justice, in one with the physiological oscillation of the (already reported) fact-finding approach, involves in itself the purely illustrative relevance of the analysis of leading cases in the matter. At the most, this observation serves as a methodological indication for the continuation: we will try not only to shed light on the "specializing" features of symptomatic cases, but also on the type of concrete assessment that the judge is called to play, also trying to clarify with which particular declinations the above mentioned substantialistic parameters are placed within the typical situation.

7. DELAY IN THE EXERCISE OF CRIMINAL ACTION.

It is well known: in any modern criminal justice system, the excessive length of procedures is an aspect that is in some ways endemic and unavoidable⁴²¹. This can certainly not be the place to dwell on the reasons behind this systemic inefficiency: if only because the reasons in question are of heterogeneous nature, moving from

⁴²¹In this terms see. D. YOUNG, M. SUMMERS QC, D. CORKER, Abuse of process in criminal proceedings, ed. Bloomsbury, New York, 2014, pp. 2ss. D. BIRCH, C. TAYLOR, "People like us?": Responding to allegations of past abuse in care,

in Criminal Law Review, 2003, pp. 824ss. P. LEWIS, Too late to try?, in New Law Journal, 2006, pp. 1458ss. A. CHOO, Abuse of process and judicial stays of criminal proceedings, cit., pp. 71 e ss.

"physiological" or structural problems of the process itself (from the point of view of the apparatus upstream legislation), to arrive at profiles related to the workload that afflicts the judicial machinery. A consideration, on the other hand, must be immediately carried out: the classification (to use an expression more in keeping with domestic legal terminology) within the Anglo-Saxon order of the reasonable length of the criminal trial within the framework of the fairness of the process. It is a key analysis, in fact, that must be immediately brought to light: in substance, within the Anglo-Welsh criminal process, the defendant's claim to containment within reasonable time of the celebration of the rite answers, first of all, that absolute and incompressible interest that we have seen to be fairness. We will soon have the opportunity to see it in more detail, but it is immediately perceived that the delay in the celebration of the process can be resolved in the risk of an unjust conviction: the course of time alters the capacity reminiscent of the facts of the case, therefore a (so to call it) key-witness to the defense could, as a result of the lapse of time, not be able to clearly re-emerge details that would be essential for the purposes of defensive strategy, alongside for an acquittal. In any case, it must be said that the problem of dilation of the procedural time is able to manifest itself in a double direction: delay in the exercise of the criminal action (having regard to the interval of time between the beginning of the procedure and the act of impulse of

the process); delay in carrying out the merit judgment (concerning the excessive length of the trial itself). In the common law system, it detects only-for the purposes of the application of the anti-abuse doctrine-the first form: for the logical reason that, in that case, it is procedural length due to the prosecutor (or, what is the same, to the police in the execution of investigations).

In general, the answer to the problem of the excessive length of the procedures takes place in modern systems on two fronts: on the one hand, through the imposition of predetermined duration limits of the procedural stages; on the other, as a function of closing the system and at the same time to mitigate the rigidity of the phase terms, the jurisprudential processing of discretionary rules on the reasonableness of the duration of the proceedings. One cannot clearly say in a priori way which of the two settings is more efficient: if, in fact, the introduction of rigid terms makes it possible to identify (at least in principle) with confidence the threshold beyond which the duration of the process must be defined excessive. It is also true that the length of the procedure is (as we said) an endemic problem to justice, so that we cannot even logically rule out that the celebration of a trial, within the maximum times established by the law, does not in any case have an excessive duration or, better to say, implying overall iniquity. It is axiomatic that some delay is inevitable. The question is, at what point does the delay become unreasonable?⁴²².

⁴²²R v Smith, [1992], 2 SCR 1120, par Sopinka J.

In the Anglo-Saxon order, an overview of the terrain of the abuse jurisdiction allows us to deduce the clear favor shown for the second solution.

The story clearly shows how the doctrine in question is "daughter" of jurisprudential elaborations, occurred outside the legal grids and the judicial discretion that underlies it intimately permeates the settings that have emerged on this specific side. If we want to put it in other words, it is a question of cultural heritage: the discretion of the judge constitutes an empirical instrument, intrinsically oscillating; but it is also a critical "tool" which, in the common law's cultural genetic code, protects the rights of the individual, thus ensuring an effective synthesis of individual guarantees and collective interests.

If this is so, it will then be clear why in the system in question the parliament has never introduced a positive discipline in the matter of temporal scans of the phases of the criminal trial: in concrete terms, there is not properly a subjective right of the accused, of legislative matrix, the containment of the times within which the prosecutor can exercise the criminal action⁴²³.

To this, the "sectoral" provisions given by the Magistrates' Courts Act 1980 are strictly excluded. These are

special provisions concerning the summary offences (facts-crime of attenuated gravity, in general): "except as otherwise expressly provided by enactment and subject to subsection (2) below, a magistrates' court shall not try an information or hear a complaint unless the information was laid, or the complaint made, within six months from the time when the offence was committed, or the matter of complaint arose" (Section 127). For the rest, the regulatory framework on this matter is realized, as well as in judicial rulings aimed at establishing precise references in terms of procedural lengths, in what we could define as codes of conduct for practical operators.

Specific reference is made, in the first place, to the Code for Crown Prosecutors, issued by the director of public prosecutions (on the basis of the provisions of the Prosecution of Offences Act 1985, s.10): in providing a code of guidelines and practices in the prosecution, it is established that a trial will not start if there is a considerable amount of time between the date of commission of the offense and that of the trial, unless: a) the fact- crime is serious; b) the delay has been caused, albeit partially, by the defendant; c) the news of a crime has only recently been learned by the authority; d) there have

⁴²³D. YOUNG, M. SUMMERS QC, D. CORKER, Abuse of process in criminal proceedings, op. cit., pp. 10ss. A. CHOO, Abuse of process and judicial stays of criminal proceedings, op. cit., pp. 71ss. A clear example of this ideological-cultural guideline can be found in the introduction of the War Crimes Act 1991, aimed at the persecution of war crimes committed in

the years 1939-1945 (see, R v Sawoniuk, [2000], 2 Cr App R 220, CA). For more details see: C. SINGH, M. RAMJOHN, Unlocking evidence, ed. Routledge, London & New York, 2016. J. DOAK, M. MCGOURLAY, M. THOMAS, Evidence in context, ed. Routledge, London & New York, 2015. P. ROBERTS, A. ZUCKERMAN, Criminal evidence, Oxford University Press, Oxford, 2010.

been lengthy investigations due to the complexity of the matter.

Secondly, the well-known attorney-general's reference no 1 of 1990⁴²⁴ should be mentioned. An authentic cornerstone in terms of delay, it is necessary to find the relevance of this "precedent" in having canonized the essential parameters delimiting the threshold beyond which the delay in carrying out the procedure results in an intolerable prejudice against the accused.

Synthetically, the fact is recalled: a police officer was involved in an accident in August 1987; the trial of merit established against him began only in March 1989. The judge (of the Crown Court) accepted the request of the defense to block the continuation of the procedure on the basis of the delay in the exercise of criminal proceedings, included always in a defensive thesis, shared by the judge, an abuse of the trial.

Thus, a problem arose: according to the attorney general's perspective, an interpretation of this guise, which based the opportunity of the exceptional remedy of the arrest of the proceedings solely on the basis of the objective delay that occurred in the exercise of the action, would have been excessively rigid, since it would not have taken into account both the element of "responsibility" for the redundant length of the procedure, as the fact that (as said at the beginning) the delay is physiological problem to the judicial machine and therefore, to a certain

extent, it constitutes an "acceptable systemic risk".

Hence the questions posed by the attorney general: - if the arrest of the criminal trial could be ordered by the judge only on the basis of the objective delay in the exercise of the prosecution and, therefore, regardless of the circumstance that the same could be a consequence of a guilty conduct of the prosecutor; -in the affirmative answer, what is the level of seriousness of the prejudice against the accused in order to justify the appeal of the arrest of the proceeding. In fact, neither the defense in the application for the arrest of the procedure, nor the judge who had ordered it took into consideration two relevant elements: the responsibility for the delay in the exercise of the criminal proceedings occurred; the extent of the prejudice suffered by the accused in consequence of the length of the same and which, in the event of protraction of the court proceedings, would continue to suffer.

The answer to the first question was affirmative. The arrest of the trial is indeed a remedy of an exceptional nature, but the fact that the delay in the exercise of the action does not depend on a behavior guilty of the accusation does not sterilize the resulting injury. Rather, a limit should be imposed (so to say) negative to the operability of the remedy in question: it will not be available where it is established that the delay occurred solely as a consequence of the complexity of the sub-judicial

⁴²⁴A. GILLESPIE, S. WEARE, The english legal system, op. cit. P. ROBERTS, A. ZUCKERMAN, Criminal evidence, op. cit. J. SPRACK, A practical

approach to criminal procedure, Oxford University Press, Oxford, 2011.

case or, alternatively, if it is chargeable to the defense.

With regard to the second, the determining value of the prejudice that the defense would suffer due to the excessive length of the procedure was affirmed. Basically, in order to operate the doctrine of the abuse of the trial, it is necessary that it derives a concrete compromise of the rights of the accused; the extent of the injury is the usual, settling on the well-known binomial of the theoretical: unfair trial/unfair to try. The burden of proof on this point lies with the defendant: whether it is due to the high probability of not being able to benefit from a fair trial due to the delay (or, alternatively, the ethical reprehension of the protracted trial); both with regard to the seriousness of the damage that would result from the continuation of the process. In this sense, always in consideration of the intrinsic exceptional nature of the remedy in question, the judge will always have to evaluate the alternative viability of intermediate solutions: the non admission of a proof, possibly "spoiled" because of the delay; the indication of guidelines to the jury for the purpose of evaluating the evidential conglomeration.

The following key parameters are then set for the abuse of the process due to delay: a) minimum acceptable injury coefficient. The prejudice that threatens to suffer the defense must be serious. With greater clarity, there must be the risk of an unfair trial (unjust conviction): the course of time significantly alters the demonstrative value of the evidence, making it more concrete the danger of a conviction (we would say) "not beyond

reasonable doubt". But even if a fair trial were possible, there could still be a need to end it: time inevitably soothes the "scuffing" recreated by the crime, leading even to the oblivion of the same in the collective consciousness, thus not justifying itself anymore, in this case, the persecution. Outside this extreme region, the delay must be tolerated as necessary "evil".

Impracticability of intermediate solutions. It was said above. The definitive arrest of the criminal trial passes through a preliminary assessment or, better, a prognosis about the unprofitable experience of intermediate solutions (not admitting a trial, caveat indications to the jury in the decision on the fact).

The "guilt" of the prosecutor. Guideline already highlighted: the charge of the delay to the accusation is not a *conditio sine qua non* for the arrest of the trial. Rather, it requires special caution when no etiologically relevant conduct of the prosecutor emerges from the available elements. Therefore, the element (so to speak) subjective given by the fault (if not the malice) of the accusation affects a different aspect with reference to the ascertainment of the occurrence of an abuse: the judgment of reprover that the first can be moved into terms of causation of delay and of the procedural inequality that derives from it. Causes of delay of the procedure that do not integrate abuse. Some hypotheses of "physiological" procedural length are not included in the paradigm of the doctrine in analysis. The objective complexity of the case treated is the most intuitive: similar to it, therefore, are the difficulty

encountered in investigating by the prosecutor in finding the sources of evidence (imagine the sector of economic crime, notoriously involving very complex and long investigations). In the same way, the delay due to a defense behavior cannot be configured for abuse.

Documentary proof and oral exam. It should be opportunely drawn a line of discriminate between processes mainly based on documentary evidence (the case of crimes in economic matters is referred again) and those based on oral examination (think of sexual crimes). As is well understood, the traditional hermeneutical approach tends to reconnect the opportunity to proceed with the arrest of the procedure due to abuse of the second group of hypotheses (waiting for the "non-usurability" due to the time of a documental contribution)⁴²⁵.

To summarize: "where delay jeopardises the fairness of a forthcoming trial or where, for any compelling reason, it is not fair to try an accused at all (...) the proceedings must be brought to an end (...) "⁴²⁶.

The above guidelines have had a large influence on judicial practice to follow, hesitating in setting certain operating points which, on closer inspection, would constitute a "projection" and at the same time a confirmation of the upstream criteria expressed in the leading case analyzed above. It was therefore established that: -even if the length of the procedural time is excessive and does not find plausible

justification in other reasons (such as the objective complexity of the case), the paralysis of the procedure must however be confined to exceptional cases; -the sanction of maximum rigor will not take place, unless it is proven that the accused cannot benefit from a fair trial or, alternatively, that the protraction of the punitive pretension results in an attack on the moral integrity of justice; - if the existence of a prejudice against the defendant is proven, the judge must first assess whether the procedural fairness cannot be guaranteed through more attenuated remedies (by extending a trial from the trial or, otherwise instructing the jury on the most suitable criteria for his final evaluation); -only when the conditions listed above occur jointly, the criminal trial must be arrested.

At this point it is worthwhile to make some final considerations regarding the delay in the exercise of the action: in particular, with reference to the concrete relationship between the procedural flaw in question and the two operational "poles" of the abuse doctrine (unfair trial/not fair to try). With regard to the first, it is necessary to move from the premise that, in the Anglo-Welsh system, it constitutes *ius receptum* the rule by which the exercise of the penal action must necessarily be accompanied by the granting of the concrete possibility of carrying out an adequate defense. This principle makes the assessment of the injury intimately connected to the delay in the process. As lucidly summarized in multiple

⁴²⁵R v Buzalek and Schiffer, [1991], Crim LR 115, CA; R v Central Criminal Court, ex p Randle and Pottle, [1992], 1 All ER 370, CA.

⁴²⁶Spiers v Ruddy, [2007], UKPC D2, (2008) E WLR 608, par Lord Bingham of Cornhill.

pronunciations, with the passage of time, memories will tend to vanish; better: a re-enactment of the facts will inevitably replace a reconstruction of the same that, as a result of rational workmanship, will still be devoid of that clarity and that genuineness of a memory that resurfaces through the words of a witness⁴²⁷.

Clearly, the margins of uncertainty in terms of procedural unfairness are not only radically unavoidable; to clarify: the prognosis in point of injury from unjust condemnation is not possible except in probabilistic terms. In short, it would require the judge a perspective look at the reconstruction of the fact that will be made by the jury at the end of the acquisition of evidence. For this reason, instead of the actual impossibility of a fair trial (as for reasons of simplification of soles say), it would be more correct to speak of "substantial risk that the defendant does not benefit from an adequate possibility of defending himself"⁴²⁸.

Said risk is understandably higher in the processes in which the accusatory construct is based (exclusively or in a determining manner) on the declarative tests⁴²⁹. And this is generally recognized also in the application area⁴³⁰: if, in fact, the pre-established test, once formed, remains insensitive to the course of time, on the contrary this will produce a

physiological alteration of the memories present in the psyche of the witness.

However, the antithetical hypothesis cannot be excluded. The situations could be the most varied, but can be exemplified as follows: expected that the course of time also affects the physical reality (imagine the inevitable changes suffered by the state of the places where, for example, the crime occurred), an unjustifiable delay-either due to operational inefficiency of the requisite office or for any other reason-could lead to a technical assessment, subsequently reversed on a documentary evidence, inevitably characterized by a precarious reliability.

Instead, a different reasoning must be made with reference to the second operative "pole" of the doctrine on the abuse of the process. Because of the time course, the equity of the process may not be in question; nevertheless, the length of the procedural times would make the protraction of the punitive pretension "morally deplorable". In this specific sense, there is no longer a problem in terms of assessing the probability of unjust conviction. As has been correctly pointed out, the question here is based not on the "technical" prejudice that the defendant would derive (impossibility of an adequate defense), but on the

⁴²⁷R v S, [2006], EWCA Crim 756, (2006), 2 Cr App R 23, p. 341. For more analysis see: J. R. SPENCER, Evidence of bad character, Bloomsbury, 2016.

⁴²⁸Cooke v Purcell, [1988], 14 NSWLR 51, 87; Gill v Walton, [1991], 25 NSWLR 190; Herron v McGregor, [1986], 6 NSWLR 246, 254.

⁴²⁹A. CHOO, Abuse of process and judicial stays of criminal proceedings, op. cit., pp. 92ss. In jurisprudence, see: Doyle v Leroux, [1981], RTR 438.

⁴³⁰A.L. SCHNEIDER, The right to a speedy trial, in Stanford Law Review, 20, 1968, pp. 499ss.

ethical, sociological or psychological one⁴³¹.

Basically, it is a bias operating in two directions: from the public image of prejudice, the (inevitable) negative irradiations of the *strepitus fori* are well known; from a strictly personal point of view, the state of psychological prostration that is ingenious in the defendant, when not even the radical modification of his living conditions (change of residence, loss of work, change of affective relations) is evident. The most problematic aspect, however, of this interpretative operation lies in the identification of the specific conditions under which the interest in the repression of crimes must yield to that of the individual. The general guideline criterion that can be used is the following: if the objective of criminal justice is not exclusively to repress crimes (or to punish the guilty) but, if the person responsible for the fact is repressed, it is also to put the guilty in the condition to become aware of the error committed, in a perspective directly functional to its amendment, it can be said that the time course justifies the arrest of the procedure if the eventual condemnation would not lead to any "maieutic" or socially therapeutic result towards the prevented (in short, it would constitute a further stigma as an end in itself)⁴³².

⁴³¹R v Telford JJ, [1991], 2 WLR 866, 876-7; R v Buzalek and Schiffer, [1991]; R v Norwich Crown Court, ex p Belsham, [1992], 95 Cr App R 9, 16-17. For more analysis see: J. HERRING, Criminal law: Text, cases and materials, Oxford University press, Oxford, 2018.

8. PROHIBITION OF DOUBLE JUDGMENT (DOUBLE JEOPARDY).

The rule in question constitutes another paradigmatic hypothesis of application of the anti-abuse doctrine. However, before going into the analysis of the operational declinations of this rule within the matter of the abuse of process, it will be possible to make some preliminary mention of the nature and the connotations of the prohibition of double judgment. In general terms, even in the Anglo-Saxon system it can be summarized in the general prohibition of prosecuting someone twice for the same fact⁴³³.

This, so to speak, would be the general brought about by the principle; nothing new, one could say, compared to what can be substantially found elsewhere. The rule in comment, however, presents a more multifaceted articulation in the common law; more concretely, it expresses the need to avoid that someone, already condemned or acquitted for a fact, suffers the risk of a second conviction for a story that is substantially the same from a historical point of view (subject to shortly illustrating what should mean this last expression).

According to a moralizing view of criminal justice, the instrument is designed to stem the repressive zeal of authority in the face of crude criminal manifestations that, by hypothesis, have

⁴³²R v Mill, [1986], 52 CR (3d) 1, 91-2.

⁴³³J. JACKSON, J. JOHNSTONE, The reasonable time requirement: An independent and meaningful right?, in Criminal Law Review, 2005, pp. 23ss.

already gone to an acquittal (in this sense, as will be seen, the rule in. The object also operates with reference to the situation in which a criminal trial began with regard to a fact that acts as a "trailblazer" for a second proceeding concerning a more serious affair closely related to the first). In any case, the essence of the prohibition could be summarized as follows: "(...) to put a person in double jeopardy may increase the chances of his or her being convicted even though innocent, and will also undermine the moral integrity of the criminal process. The accused may, as a result of having revealed his complete defence at the first trial, be at a greater disadvantage at the second trial and thus less able to defend him or herself effectively. Irrespective of this, it is in any event morally objectionable to subject someone to the embarrassment, expense and anxiety of a second prosecution, with the possibility that a verdict might be returned which is ought to be borne in mind when considering stays of proceedings in the double jeopardy context (...) "⁴³⁴.

As we argue, the intimate logic of the principle is linked to the conceptual core of fairness: there is also a need, strictly practical, to avoid a (second) judgment in which the effectiveness of the defensive strategy is significantly reduced compared to that of antecedent. Which, in any case, would like to say what we have generally

observed previously: the concrete danger of an unjust conviction, due to a radical "disparity" between weapons of accusation and defense. On the other hand, the rationale of the rule is not found only in a guideline of guarantee; if it is true, as mentioned above, that the upstream need is to avert the "double ordeal" of the proceedings for the same fact, there is also that (certainly no less important) to ensure the rationality and the economic efficiency of the justice system.

"(...) the underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense (...) "⁴³⁵.

Apart from that, a further point is significant. Economics of the judicial machine regardless, the logical "founding" of the principle in question are exactly corresponding to the above illustrated principle of legitimacy. In the same way that it is necessary to protect the individual from an unjust conviction in a second judgment for the same fact, in the same way it is morally deplorable to subject the "already judged" to a second proceeding for the same affair: in other words, he can ethically justify himself a persecutory obstinacy against someone who has already been subjected to a trial for the same fact?

⁴³⁴A. CHOO, Halting criminal prosecutions, in Criminal Law Review, 1995, pp. 866ss.

⁴³⁵M. L. FRIEDLAND, Double Jeopardy, Oxford, 1969, p. 4. In jurisprudence see Green v US,

[1957], 355 US 184, 187-8. For analysis see: M. S. MOORE, Act and crime: The philosophy of action and its implications for criminal law, Oxford University press, Oxford, 2010, pp. 313ss.

Which, incidentally, places the double jeopardy rule in perfect conceptual linearity even with the dual operational articulation of the process abuse (unfair trial/unfair to try).

In order to complete the reasoning, recalling an approach illustrated at the beginning of this chapter, we could say, that in the first group of hypotheses, we are faced with the opportunity to place the single (potentially innocent) safe from a judgment that, because of a lack of resources (economic, for example), or because of the concrete inactivity to the predisposition of a further defensive strategy, determines a situation of unequivocally starting "unequivocal weapons" (intrinsic policy); a risk that, then, would be extremely aggravated in the hypothesis of a second judgment instituted against someone who has been acquitted.

Within the second, however, it can be said that it is in the public interest not to subject the individual to the psychological prostration of a second judgment for the same fact (extrinsic policy). To provide a concrete dimension to the reasoning carried out: an overview of the casuistry on the subject shows how, more often than not, in the midst of the second judgment, the accused suffers a limitation of personal freedom⁴³⁶. More effectively: "(...) a defendant is (...) when invoking the pleas

in bar (...) reminding the state-as the community's representative, the community in whose name the business of criminal justice is done-of the limits of its power. The defendant speaks as a member of the political community and her claim is something like this: "Having once submitted to the process of justice in relation to this offence, and having been duly acquitted (or convicted and punished, as the case may be), your (political, moral) jurisdiction to subject my conduct to examination in criminal proceedings is exhausted. My citizen's duty is done, and I am beyond your reach" (...) this is the special value of finality in criminal proceedings, and the principal rationale underpinning double jeopardy protection (...) "⁴³⁷.

The illustrated rule receives in Anglo-Welsh practice protection expressed through the institute of *autrefois acquit* or *autrefois convict* (plea in bar): respectively, with the first, it protects from the risk of a second judgment for the same fact who is previously been fulfilled; with the second, specularly, the one who was previously convicted.

Nonetheless (as will be seen shortly), the protection that can be linked to the institute just mentioned is not comprehensive. It is precisely because of this practical emergency that the English jurisprudence has elaborated a form of subsidiary

⁴³⁶M.L. FRIEDLAND, Double jeopardy, op. cit., pp. 162ss. A. CHOO, Abuse of process and judicial stays of criminal proceedings, op. cit., pp. 23ss.

⁴³⁷P. ROBERTS, Acquitted misconduct evidence and double jeopardy principles from *Sambasivans to Z*, in *Criminal Law Review*, 2000, pp. 954ss. D. BROWN, The judicial role in

criminal charging and plea bargaining, in *Hofstra Law Review*, 46 (1), 2018, pp. 67ss. A. BRUCE, A. GREEN, S.J. LEVINE, Disciplinary regulation of prosecutors as a remedy for abuses of prosecutorial discretion: A descriptive and normative analysis, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 14, 2016, pp. 144s.

protection: the doctrine on the abuse of the process is a perfect instrument in this regard.

Which, in any case, does not mean the identity of institutions or protection: as rightly pointed out, in fact, if the first (plea in bar) becomes a real and absolute right for the accused, this does not apply to the second, i.e. the "specific" protection of the *ne bis in idem* can be invoked in every state and degree of the procedure; in addition, it cannot be renounced or disputed by the party concerned (an admission of responsibility by the defendant does not remove the power of the judge to proceed according to the rule in question)⁴³⁸. The problem therefore arises of delimiting the objective area of (in) applicability of the latter: in essence, which hypotheses come out of its scope of operation?

First of all, it is necessary to illuminate the elements that identify its defining aspects. Attention runs to the meaning of the same offense term.

The interpretative effort of the jurisprudence focused on clarifying the scope of this last phrase. It was not so much questioned—at least, it did not constitute the most relevant aspect of the question—the concept of fact: it is immanent principle even in the Anglo-Saxon legal system that the factual nucleus of the sub-novitate affair must be substantially the same. The interpretative difficulties originate, in fact, from the wider semantic extension of same offense.

The terms of the problem discussed here have been summarized in a well-known leading case on the subject. Connelly refers to DPP⁴³⁹: defendant Connelly took part in an armed robbery at a dairy, together with other individuals (all part of a criminal consortium), from which he followed the death of a company employee; initially tried for murder, he was sentenced in first instance. The sentence was later annulled by the court of appeal for significant procedural violations committed by the judge of the previous grade of proceedings (procedural misdirections). As a result of the failure in the first trial, the prosecution promoted a second trial against the defendant himself, but this time for armed robbery. In this process, both the total factual situation and the evidence support were unchanged compared to those present in the previous procedure: in essence, there was a criminal violation of different species (or nature), matured in the same historical-factual context (the episode of death occurred in the context of a robbery being logically inseparable). The defense, as one guesses, had pleaded the *ne bis in idem*, on the basis of articulated reasoning: if, as it seems, one cannot doubt that robbery and murder are conceptually distinct and mentally separable episodes, it is also true that for the identity of material context in which they were perpetrated and being both known to the prosecution since the beginning of the criminal proceedings for homicide, it was the obligation of the prosecutor to

⁴³⁸Connelly v DPP, [1964], AC 1254, 1305, per Lord Devlin.

⁴³⁹Cooper v New Forest District Council, The Times, 19 March 1992.

proceed within the first proceeding jointly for the charges of the same; differently by opting-always according to the defense-, one would allow (as in the present case) the accusation of prolonging at will the state of subjection of the prejudice to criminal trial, unduly exacerbating the state of anxiety and moral and psychological prostration already suffering due to previous judgment.

Hence the origin of the (double) hermeneutic question, submitted to the judge by the defense: first, what should be understood by same offense and, therefore, when this requirement should be considered integrated, necessary for the application of the double jeopardy doctrine; secondly, whether the protection of the prohibition in question could in this case be applied and, in the event of a negative answer, what remedy was open to action.

In relation to the first question, the preliminarily judge clarified one point: in relation to the concept of same offense, it is not enough that the probative material brought by the accusation, in one as in the other process, is the same: even though a useful element for recognizing the violation of the prohibition of dual judgment does not constitute a decisive element. Trial and fact to prove are distinct entities, being clear that (we can hypothesize) the same eyewitness can

fully report as much in order to a robbery as to a homicide⁴⁴⁰. To answer the first question, further, it would not have been sufficient to focus the attention on the element of the identity of the fact (strictly understood) because, otherwise, the question would have had no reason to be: although intimately connected from a chronological point of view and material, the offenses subject to separate assessment originated in any case from separate conduct⁴⁴¹. Evidently, the scope of the expression "same offense" is more extensive; in particular, the question came to be amended in the following terms: if it were possible to start a criminal trial for a fact in relation to which in a previous criminal proceeding the same defendant could have been legitimately convicted (to be understood: if the accusation had opportunely raised the charge together with the one that had already founded an assessment). In other words: it can be said that, if in the previous criminal proceedings there was no conviction for a fact that, if properly contested, would probably have led to a statement of responsibility, there is a sort of implicit renunciation of the exercise of the action for that affair?

A quicker answer, it was underlined, could be given about the charge that, as an alternative, had been formulated by the prosecutor during the first trial: in fact, Connelly had been

⁴⁴⁰[1964], AC 1254, 1305, par Lord Devlin.

⁴⁴¹DPP v Humphrys, [1977], AC 1, where the accused, judged and acquitted by the crime of driving without a valid license of a motor vehicle, was subjected to a second judgment for false testimony (perjury) and there condemned, although the defense had submitted a request

based on the double jeopardy rule (autrefois acquitted), supporting it on the basis of the consideration that the "decisive" proof in both procedures was the same (testimony of the police officer who would have detected the infraction of the prejudice).

primarily accused of murder and, alternatively, of culpable homicide (manslaughter). The fact that the jury had pronounced (with a conviction) on the first accusatory hypothesis inevitably founded an acquittal (so to speak) tacit on the second (which certainly would have founded a plea in bar for *autrefois acquitted*)⁴⁴². As mentioned, however, the defense wanted to go further: the prohibition of new judgment should also be considered operating in the situation in which the prosecution, perfectly aware of a further fact (robbery), which could be debited already at the time of the first trial, deliberately postponed the persecution.

In order to answer this question, a general criterion was proposed: provided that the offense, challenged in a second judgment, must be the same or substantially the same as that which was the object of a previous assessment, the judge must check whether the evidence, alleged in the context of the second proceeding, could have founded a conviction already within the first. Although not exactly technical, the reasoning evokes the pattern of assessments placed in a relationship of prejudiciality; in short, it means that: we are faced with a substantial identity of factual story (and, therefore, to a violation of the rule of *ne bis in idem*) when the acquittal for the "first"

imputation can only lead to the acquittal in sequential way for the "second"⁴⁴³.

That said, the profile concerning the exceptions to the double jeopardy rule was addressed. The first is in the hypothesis of crime (so we would say, using the domestic legal lexicon) against the administration of justice: in particular, a sentence of acquittal in reference to a crime can be canceled, if it is established that it is achieved at a unlawful pressure against a member of the jury or a witness (for which fact, there has been a criminal proceeding to the same sentence and sentence against the author of the subornation), except that the reopening of the criminal proceedings for the first offense, in reason for the course of a considerable period of time, is not contrary to the interests of justice⁴⁴⁴.

The second concerns peculiar criminal categories, characterized by a significant social alarm (intentional or negligent homicide, genocide, kidnapping, sexual violence, to cite a few examples): in this case, where new evidence against a person survives or is discovered acquitted for one or more of the crimes mentioned, the prosecutor, with the written authorization of the director of public prosecutions, if this is not contrary to the interests of criminal justice, may request the revocation of the previous acquittal and the

⁴⁴²N.J. KING, R.F. WRIGHT, The invisible revolution in plea bargaining: Managerial judging and judicial participation in negotiations, in *Texas Law Review*, 95, 2016, pp. 325, 339ss. D. LIAKOPOULOS, Plea bargaining in international criminal law, in *International and European Union Legal Matters*, 2013

⁴⁴³*Connelly v DPP*, [1964], par Lord Hodson.

⁴⁴⁴Criminal Procedure and Investigations Act 1996, Section 54. For more details and analysis see: C. MCALHONE, *Core statutes on evidence*, Macmillan, London, 2013, pp. 182ss.

subsequent reopening of the criminal trial against the acquitted.

What, however, arouses the most attention is the fact that the case in analysis had to definitively establish (with an approach that would not be subsequently disavowed) the applicability of the doctrine of the abuse of the trial to the violation of the *ne bis in idem* (better, as you are about to say, to situations placed in a "border" zone with this prohibition). The answer to the question passed for the enunciation of a general rule, pointing out an opportune fact in the introduction: the top rule of the prohibition of double judgment, as explained above and declined in court, was not applicable to the present case; are heterogeneous situations: exceptions to the separate principle (evidently not conferring with the story in question), a previous ruling of merit (conviction or acquittal) for a fact, object of new persecution, is not equivalent to the cancellation of procedural defects of a sentence (of condemnation, in this case) for one fact, connected with another for which a second judgment was promoted. The doctrine of the abuse of the trial, therefore, was invoked by the defense against the refusal opposed by the judge at the time of application of the *ne bis in idem*, as a remedy of *extrema ratio* to compensate for the protection voids left by the latter.

In any case, it was established that, in principle, the prosecution has the obligation to promote a single criminal trial for all the crimes of which he is aware and has the intent to pursue (for obvious reasons such as procedural economy and the undue protraction of

the punitive "ordeal" against the same person); nevertheless, if such *modus procedendi* were contrary to the collective interest of the repression of crimes, it would be exceptionally allowed to the magistrate to opt for the separation of the proceedings. In the present case, the conclusion was a negative sign: the *ne bis in idem* had not been violated, nor could it speak of an abuse of the trial, given that the second trial did not recompense the risk of unjust condemnation against the defendant, nor it constituted an attack on the morality of the system (in that case it was involved in criminal trials involving very serious delinquent forms).

Regardless of the final response, we have a point: the theoretical abuse of the process constitutes a useful tool in limit situations with the prohibition of second judgment, more properly configured as a sort of "completion" or extension of the range of protection projected by the second.

Seems, therefore, to be able to see a further principle "in filigree": the arrest of the procedure (remedy specifically requested by the defense in the case in question) would be abstractly feasible solution, although in progress (reaffirmed by the judge on that occasion) quite exceptional; secondly, it seems to be able to evoke-perhaps for the first time in a ruling, a configuration of the abuse of the process as an institution, beyond the specific legal-factual context (double jeopardy rule), generally valid in terms of subsidiary doctrine: in other words (if we want), usable as a true instrument of judicial orthopedics able to fill the gaps left by an express rule.

9. ENTRAPMENT.

Given the premise for any discussion on the subject of entrapment is that in the Anglo-Welsh legal tradition it is not the subject of specific discipline and protection⁴⁴⁵. The institute, therefore, or rather, the protection from such distorting practice is exclusively the result of recent jurisprudential elaborations.

The term, in itself, is charged with a negative connotation: it evokes the idea of entrapment, of the trap, providing immediately the image (clearly more exemplary than many other "clinical" manifestations) of the abuse of authority towards the individual.

If you want to give a general definition (albeit subject to subsequent clarification), you can recall that provided in a known court case: "(...) entrapment occurs when an agent of the state-usually a law enforcement officer or a controlled informer-causes someone to commit an offense in order that should be prosecuted (...) "⁴⁴⁶.

Otherwise it is: "the use of deceptive techniques to test if a person is willing to commit an offense". The pragmatic origin of the institute mentioned above, however, immediately highlights a further characterizing aspect (which, therefore, places it in perfect

continuity with the overall theoretical abuse of the process): this is the approach eminently practical to the topic; this implies that the judicial investigation, aimed at reconstructing an eventual or abusive conduct, will be determined by the individual circumstances of the specific case. For this reason, it could be justified to say that, on the one hand, we are dealing with a figure (if we want it) malleable, where the discretion of the judge has (more than ample) ample room for maneuver, on the other, we have significant difficulty in reconstructing the general outlines of a rule that physiologically escapes conceptual generalizations; or to put it more effectively: "each case turns on its own facts"⁴⁴⁷.

On the other hand, it is an issue - as has been rightly stressed⁴⁴⁸-which has received increasing attention in recent years, because of the "all-out" war not only in the area of drug trafficking, but also in that of terrorism which has as we know, involved the whole Western world. In essence, the number of court cases where the problem of the entrapment has been specifically dealt with has increased significantly over the last fifteen years, bringing to the center of attention (both the doctrine and the jurisprudence) the profile concerning the delimitation of

⁴⁴⁵R v Looseley, [2001], 1 WLR 2060, HL, par Lord Hoffman. A. CHOO, Evidence, op. cit.

⁴⁴⁶A. ASHWORTH, Re-drawing the boundaries of entrapment, in Criminal Law Review, 2002, pp. 161ss. A.P. SIMESTER, J.R. SPENCER, G.R. SULLIVAN, Simester and Sullivan's criminal law: Theory and doctrine, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2014.

⁴⁴⁷D. CORKER-M. SUMMERS QB, D. YOUNG, Abuse of process in criminal proceedings, op. cit., p. 204.

⁴⁴⁸D. CORKER-M. SUMMERS QB, D. YOUNG, Abuse of process in criminal proceedings, op. cit., p. 204.

boundaries of operation of the theoretical matured on the point.

But let's start with some upstream observations. It was said that entrapment is not supported by any legal provision expressed or, in any case, by any discipline (not even of jurisprudential origin) that establishes elements and protection; this would be enough (to want to offer some terms of comparison with another common law system), to differentiate the treatment regime concerning the matter that is in the Anglo-Saxon system with respect to the United States (where, on the contrary, the criminal law specifically provides for the institution)⁴⁴⁹.

In any case, the evolution of the jurisprudential analyzes on the subject, found in the field of the Anglo-Welsh practice, shows a clear progression with regard to the desire to recognize protection for the accused from the serious conduct of authority. The oppositional limitations that were found in responding to the (broadly speaking) demands of justice of defense were of a twofold order: from the point of view of the fight against crime, the explicit and radical stigmatization of this practice (by hypothesis: to be sanctioned with the

paralysis of the criminal proceeding concerning a fact followed by an incitement by the police during investigations) would have resulted in a substantial decrease in the effectiveness of the fight against very serious delinquent forms (see, for example, drug dealing, where- as known, extensive use is made of covert transactions); on the side of judicial practice, then, one understands the difficulty in conceiving a form of protection which, if brought to the radical consequence (abuse of the process, ergo arrest of the procedure), would have actually involved the (so to say) lapsed of practically all the judgments where the charge raised by the accusation materialized in an action or omission "caused" by an undercover agent (for the obvious reason that the determining, if not exclusive, proof of the offense was constituted by the following statements of the witness-agent)⁴⁵⁰.

To make the above mentioned problems appear to be hand held, the call of a well-known court case is sufficient.

In *R v Sang*⁴⁵¹, finding in the introduction the vacuum of specific protection in terms of entrapment, as

⁴⁴⁹T. ELLIS, S. SAVAGE (eds), *Debates in criminal justice: Key themes and issues*, ed. Routledge, London & New York, 2012.

⁴⁵⁰See in particular: *Sherman v US*, [1958], 356 US 369; *Matthew v US*, [1988], 108 S Ct 883; *Jacobson v US*, [1992], 112 S Ct 1535. In argument see the considerations of: R.J. ALLEN, M. LUTTRELL, A. KREEGER, *Clarifying entrapment*, in *International Commentary of Evidence*, 1998. A. CARLON, *Entrapment, punishment and the sadistic State*, in *Virginia Law Review*, 93, 2007, pp. 1081ss. K.A. SMITH, *Psychology factfinding and entrapment*, in

Michigan Law Review, 103, 2005, pp. 760ss. P. MARCUS, *the entrapment defense*, LexisNexis, 2018. H. LAI HO, *State entrapment*, in *Legal Studies*, 31 (1), 2011, pp. 74ss.

⁴⁵¹For the investigation methodology see: M. MAGUIRE, T. JOHN, *Covert and deceptive policing in England and Wales: Issues in regulation and practice*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1996, pp. 316ss. A. CHOO-M. MELLORS, *Undercover police operations and what the suspect said (or didn't say)*, in *Web Journal of Current Legal Issues Yearbook* 1995, 1996. P. GILL, *Rounding*

well as of more than three decades of consequent inability to react jurisprudential to the problem (which, of course, was anything but infrequent), were different options taken considerations: far removed even from the hypothesis of the extreme remedy of the arrest of the procedure, the use of the evidence obtained through the undercover operation of the police officer or, alternatively, the mitigation of the rigor of the penalty eventually imposed. The first solution was discarded: not only (as mentioned above)⁴⁵² because the exclusion from the probationary material of the exclusive (or even conclusive) proof of the prosecutor would inevitably have led to the collapse of the accusatory castle, but also because this would have building-for the first time-a substantial defense from the factual entrapment, as we said, lacking in the Anglo-Saxon system (both in positive law and in previous jurisprudential elaborations). It was a reasoning, to think well, somewhat labile, if only because it would not leave alternatives: the viable solution that remained was the mitigation of the sentence applied with the sentence; which, clearly, exposes the

argumentative construct to strong perplexities: it would soon be countered, in fact, that the mitigation of the quantum poenae does not constitute a remedy, capable ex if to cancel or to put in nothing the conduct of the police officer; it is evident, in fact, that without the interference of the latter in the criminal dynamics, the fact object of subsequent charge would not have been committed by the accused (at least, it is highly probable that the prejudice would not have committed it, lacking a free and wise volitional self-determination): this makes the process, in a certain sense, "sought" or "constructed" by the authority, with the undoubted consequence that-at least in the case in which the proof obtained by the entrapment is exclusive or determining for the condemnation-defense and accusation do not play from the beginning on equal terms.

In any case, if the Anglo-Saxon judicial practice witnessed a stasis, a real propulsive propulsive to the juridical recognition of a specific protection from the distortive practice in question came with a ruling by the European Court of Human Rights (ECtHR)⁴⁵³.

up the usual suspects? Developments in contemporary law enforcement intelligence, Ashgate Publishing, London, 2000. A. CHOO, Evidence, op. cit., H. QUIRK, The rise and fall of the right of silence. Principle, politics and policy, Taylor & Francis, New York, 2016. A. ASWORTH, M. REDMAYNE, The criminal process, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 86ss.

⁴⁵²[1980], AC 402. and in the same spirit see also: R v Tonnessen, [1998], 2 Cr App R, 328; R v Springer, [1999], 1 Cr App R, 217; R v Shannon, [2001], 1 WLR 51, 73. For more details see: J.

HERRING, Criminal law: Text, cases and materials, op. cit.

⁴⁵³ECtHR, Teixeira de Castro v Portugal of 9 June 1998. For more details see: B. RAINEY, W. WICKS, C. OVEY, Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2017. J.P. COSTA, La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté, ed. Dalloz, Paris. 2017. F. TIMMERMANS, Fundamental rights protection in Europe before and after accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, in Liber amicorum Pieter Van Dijk,

In short, two agents "in plain clothes" make contact with a narco-trafficker, that VS, who would have acted as intermediary in the story in question, for the purchase of a given amount of heroin; the latter accepts the proposal, making contact with another subject (FO), which takes care to directly conduct the first, together with the two police officers (in the guise of buyers), from the future applicant to the European Court: Teixeira de Castro. He, in turn, accepts the purchase proposal from the agents (twenty grams of heroin), accompanying them from that would be the material supplier of the narcotic (this JPO) who, having procured the substance, provides for payment to give it to Teixeira, therefore, he definitively gave it to the two police officers; hence his arrest "(...) the use of undercover agents must be restricted and safeguards put in place even in cases concerning the fight against drug-trafficking (...) the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that it cannot be sacrificed for the sake of expedience (...) the public interest (see: persecution of offences) cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement (...) "⁴⁵⁴.

On closer inspection, this is a decisive premise: the established essentiality and, at the same time, the indispensability of the principle of procedural fairness would immediately highlight a line of continuity between the

European Convention on Human Rights and the Anglo-Welsh order where, as we have seen, fairness constitutes a rigid, insurmountable balancing or temperament value due to opposing interests. At the end of the reckoning (but the theme will be dealt with in greater detail in the following chapter), it would not seem wrong to say that we are faced with different nomenclatures but, at the same time, with the same conceptual substance: putting moral integrity aside of the system, if fairness (in the conceptual declination offered in the Anglo-Welsh system) becomes concrete in the need to ensure a process played on equal terms (or, otherwise, where there is no risk of an unjust condemnation due to obvious imbalance in terms of initial probabilities of conviction), it is equally true that art. 6 ECHR by enclosing an indispensable core of guarantees that must be recognized to the accused, to be applied as a minimum standard in national justice systems, would prefigure the basic conditions of a criminal proceeding where the defendant has the real possibility of carrying out an adequate defense. In short, regardless of the declination of the parameters of equity in the specific (which, in the case of the European Convention, are given by a summary of the legal traditions of member states), the conceptual symmetry is palpable.

Given this, the focus shifts to the conduct of police officers. The starting

M. Van Roosmalen and others (eds.), Intersentia, Antwerp, Oxford, 2013, pp. 225ss. D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, Law of the European

Convention on Human rights, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 372ss.

⁴⁵⁴ECTHR, Teixeira de Castro v Portugal of 9 June 1998.

point for establishing the legitimacy of the undercover operation is identified in the "upstream" control by a magistrate (prosecutor or adjudicator): key figure, clearly, not only in terms of impartiality, but also to ensure that the investigations are directed towards someone burdened by clues.

However, the requirement in question lacked in the present case: neither the supervision of a magistrate nor an indicative compendium against the applicant was apparent in the present case before the intervention of the officials in the anti-drug operation (the applicant was subject uncensored, unknown to the officers themselves, who came into contact with the same only through the work of intermediation carried out by third party traffickers). The interference by police officers, therefore, would have already been for this reason illegitimate.

But it is not this or, better, this is not only the aspect that was relevant in this case, in order to be able to state that the conduct kept by police officers constituted undue determination to the crime, such as to encroach on a prohibited practice as disrupting the overall fairness of the criminal trial (article 6 ECHR).

In the specific sense of the entrapment, the reasoning of the court is affixed to the causal element: in other words, the judges of Strasbourg had to assess whether Texeira was concretely recognizable as an autonomous volition in relation to the crime or if, rather, it were the result of an induction of the applicant to the commission of the same, surreptitiously realized by the agents-instigators, whose intromission, therefore, would have constituted in this case, with respect to the cession of narcotic, *condicio sine qua non*. The answer is precisely in this last sense: no element in the proceedings led to the opposite reconstructive hypothesis, playing in opposite directions or contrary elements, such as the finding of drugs by a third person (not directly by the applicant), the a circumstance that no substances were found in possession of the biased besides those explicitly requested by the agents. In short: the work of the undercover officers was not limited, as it would have been necessary, to the conduct of investigations, but exorbitated from these boundaries, to arrive at a real incitement⁴⁵⁵.

The ruling, in addition to the content value of the reconstructed prohibition on the subject of entrapment, signaled the fundamental

⁴⁵⁵ECtHR, *Vanyan v Russia* of 15 December 2005; *Khudobin v Russia* of 26 October 2006; *Ramanuskas v Latvia* of 5 February 2008. for more details see: O. JOHAN SETTEM, *Applications of the fair hearing norm in ECHR art. 6 (1) to civil proceedings*, ed. Springer, Berlin, 2016, pp. 486ss. A. SEIBERT-FOHR, M.E. VILLIGER, *Judgments of the European Convention of Human Rights. Effects and implementation*, ed. Nomos, Baden-Baden,

2017. C. GRABENWARTER. *European Convention on human rights: ECHR*, C.H. Beck, München, 2014. K.S. ZIEGLER, E. WIKS, L. HODSON, *The UK and european human rights. A strained relationship*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2015. K. PITCHER, *Judicial responses to pre-trial procedural violations in international criminal proceedings*, ed. Springer, Berlin, 2018, pp. 46ss.

need to contain the operations under cover within certain limits.

The "response" of the Anglo-Saxon order did not wait: the approval of the regulation of Investigatory Powers Act (2000)⁴⁵⁶ introduced a composite body of forecasts aimed at circumscribing the conditions of legitimacy of undercover police interventions⁴⁵⁷.

But not only. The influence of the supra-national "precedent" was manifested in the fundamental change in the jurisprudential direction matured up to that moment within the English classrooms (see *R v Sang* approach).

If we want to retrace, albeit briefly, the interpretative itinerary that would have led to the today's scenario on the subject, we should mention the first "step" constituted by the opportunity to create a real exclusionary rule regarding entrapment: we started to put in to highlight the necessity, in order to guarantee fair trial, to exclude evidence obtained in the context of undercover operations (although it was possible, it must be said, also due to the launching of the Police and Criminal Evidences Act of 1984, the average tempore; where it was expressly acknowledged-Section 78-the power of the judge to oust the evidence obtained

illegally from the trial court)⁴⁵⁸. Clearly, it was an intermediate solution to the arrest of the procedure and that only potentially would have been able to lead to the total fall of the accusatory claim (where, by hypothesis, the evidence of the excluded accusatory sign had been the only one or the determining one, in fact it would have reached the acquittal).

But the real turning point came with *R v Latif* and *R v Shahzad*⁴⁵⁹. The pronouncement represents, in fact, the decisive step for the application of the doctrine of the abuse of the process to the entrapment, also coinciding chronologically with a period in which the doctrine in question lived a consistent expansion. For the first time, the power to block the continuation of the procedural procedure was sanctioned, if the work carried out during the police investigation had compromised the overall fairness of the trial or, alternatively, created the premises of a judgment contrary to the morality of the justice.

The details of the factual story at the basis of the dictum can be omitted; we will go straight to the problematic "nucleus" from which the final affirmation moves: we allude to the already-in some way previously

⁴⁵⁶A. SANDERS, R. YOUNG, M. BURTON, *Criminal justice*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

⁴⁵⁷S. MCKAY, The definition of the covert human intelligence source, in *Archbold News*, 2004, pp. 5. Briefly, an undercover operation may be authorized if it is deemed to be well founded that: a) the adoption of such investigative means is proportionate to the outcome of the expected investigation; b) it is necessary for the interests of national security, or c) it is necessary for the prevention or repression of the crime or to

prevent unrest; d) it is necessary for the protection of the interests of the national economy, or e) for the protection of public health or for the repression of tax evasion or, lastly, f) when recourse to such means is requested by order Secretary of State.

⁴⁵⁸*R v Smurthwaite*, [1994], 1 All ER 898.

⁴⁵⁹[1996], 1 WLR 104. A. ASHWORTH, Should the police be allowed to use deceptive practices?, in *Law Quarterly Review*, 114, 1998, pp. 120ss.

emerged-balancing of two opposing instances.

If, in fact, the prospect of a (so to speak) automatism such that the criminal trial, founded exclusively (or in a determining way) from the evidence provided by the agent-instigator, should be arrested, would intolerably compromise the protection of the community from alarming forms of crime (in this case: drug trafficking), on the other hand, the exclusion at the root of this possibility would have supported the view of the public conscience that justice tolerated bad practices and police abuse. For this reason, neither one nor the other would have been concretely practicable. The solution was found in *mediam rem*: we already know it, that of judicial discretion. The process is unfair, so it goes to the end. Or, as had been hypothesized by the defense in the present case (but with a negative final response from the judge), the trial constitutes an attack on the ethical "status" of the judicial machinery. In the latter case: "(...) it is for the judge in the exercise of his discretion to decide whether there has been an abuse of

process, which amounts to an affront to the public conscience and requires the criminal proceedings to be stayed (...) in a case such as the present, the judge must weigh in the balance the public interest in ensuring that those that are charged with grave crimes should be tried and the competing public interest in not conveying the impression that the court will adopt the approach that the end justified any means (...)"⁴⁶⁰.

The theoretical subject receives final consecration with *R v Looseley*; *A-G's Reference (no 3 of 2000)*⁴⁶¹ which, further, would represent the fulfillment of that interpretative evolution, registered in the Anglo-Saxon courtrooms, aimed at the implementation of the principles established by the European Court in the subject matter (*Texeira de Castro v Portugal*)⁴⁶². In particular, the key factors analyzed were identified for the applicability of the doctrine on abuse to entrapment: a) the nature of the crime and the complexity of the investigation; b) the reasons for the undercover operation; c) the nature and the concrete causal contribution made by the police

⁴⁶⁰A. ASHWORTH, Should the police be allowed to use deceptive practices? op. cit. A. SANDERS, R. YOUNG, M. BURTON, Criminal justice, op. cit. S. PICERING, J. MCCULLOCH, Borders and crime. Pre-crime, mobility and serious harm in an age of globalization, ed. Springer, Berlin, 2012.

⁴⁶¹[2001], UKHL 53, 1 WLR 2060.

⁴⁶²A. ASHWORTH, Entrapment and criminal justice (*R v Looseley* and Attorney General's Reference (No 3 of 2000)), in Oxford University Commonwealth Law Journal, 18, 2002, pp. 125ss. B. LEWIN, Test purchasing-The impact and the regulation of investigatory powers act 2000, in Justice of the Peace, 2001, pp. 956ss. S. MCKAY, Entrapment: Competing views on the

effect of the Human Rights Act on english criminal law, in European Human Rights Law Review, 9 (4), 2002, pp. 764ss. S. O'DOHERTY, Entrapment: From mitigation to abuse, in Justice of the Peace, 2002, pp. 984ss. R.R. JERRARD, Entrapment: Abuse of legal process for police to incite crime, in Police Journal, 2002, pp. 245ss. A. CHOO, evidence, op. cit., M. AMOS, Human rights law, hart publishing, oxford & Oregon, Portland, 2014, pp. 365ss. C. HARFIELD, K. HARFIELD, Covert investigation, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 145ss. D. OMEROD, J. CYRIL SMITH, B. HOGAN, Smith and Hogan's criminal law, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 400ss.

in carrying out the crime; d) the criminal record of the accused. Substantially unaltered, starting from this pronouncement, the hermeneutical scenario related to the theme remained.

10.(FOLLOWS) DISPERSION OF EVIDENCE (LOST OR DESTROYED EVIDENCE) IS ANOTHER "HOT" TERRAIN OF THE DISPERSION OF EVIDENCE.

Its strict bond with the theory of abuse of process is of immediate intuition: regardless of who the part to which the loss is chargeable, a test-to-discharge-is able alone to determine the fate of a process or, if we want to comply with the methodology adopted in this matter by the English courts, to significantly compromise fairness. As correctly observed, the issue is a perfect summary of the principle of equality of arms between prosecution and defense⁴⁶³: more specifically, it translates into the opportunity to balance the (be allowed) omnipotence of the police in the investigative phase with (although ex post) protection of defensive strategies during actual judgment. It is argued that the stakes are high: here, too, is a problem intimately connected with the principle of legitimacy that, if on the one hand imposes the repression of crimes and the persecution of the guilty, on the other

stigmatizes to the highest degree the "evil" (ethical and juridical) given by the risk of condemnation of an innocent person. Clearly, the claim is not that of a radical elimination of risk (only theoretical), but that of minimization: in essence, the natural tension towards it (so to call it) "optimal" Pareto is implemented through a dual instrument: law and judicial discretion which, as already mentioned, finds the maximum expression in the theory of the abuse of the process; the law devises mechanisms informed by this principle, to which-in hypothesis of inadequacy in the individual case the jurisprudence would be added, which would intervene in order to bring within the confines of the equity a situation resulting from an abuse of authority. In any case, the fundamental "precedent" on the subject, which established the essential parameters of the discipline, is *R (Ebrahim) v Feltham Magistrates' Court*⁴⁶⁴.

Logically, it was said at the beginning, the dispersion of a trial to discharge is able to question the overall fairness of the proceedings, leading directly to the danger of an unjust sentence. The arrest of the proceeding on account of iniquity, even in this case, will be a strictly exceptional remedy, given the natural "self-sterilization" capacity of the criminal trial (emblematic, in this sense, is the

⁴⁶³D. CORKER-M. SUMMERS QB-D. YOUNG, Abuse of process in criminal proceedings, op. cit., p. 73.

⁴⁶⁴[2001], EWHC Admin 130, 1 WLR 1293. M. DODDS, Arguing abuse of process in relation to loss or destruction of CCTV evidence, in *Justice of the Peace*, 2001, pp. 316ss. S. MARTIN, Lost

and destroyed evidence: The search for a principled approach to abuse of process, in *International Journal of Evidence and Proof*, 9, 2005, pp. 158ss. v SMITH, Lost, altered or destroyed evidence, in *Justice of the Peace*, 2007, pp. 556ss.

prediction of the Police and Criminal Evidence Act 1984, Section 78, which regulates the judicial power of admitting evidence in court, as well as their eventual ouster, conceived as a mechanism of equitative orthopedics). Basically, if it is true that in some cases it is necessary to adopt the penalty of maximum rigor, it will be up to the judge to assess in advance whether the procedural fairness can be sufficiently preserved through the median solution, constituted by the exclusion of a proof of indictment of a sign directly contrary to the one that was lost.

Less direct, perhaps, is the logical link with the second pole of operation abuse (unfair to try). The qualifying element in this direction is given by the prosecutor's bad faith: it requires the accusation of sticking to the general duty of loyalty. We are outside, as we know, procedural rules in the strict sense; furthermore, the high probability of an unjust conviction is not even questioned: it is the improper conduct of the magistrate who, because of its seriousness, is intolerable, thus not only diminishing the interest in the persecution, but also making it compliant with the public interest in the cessation of criminal persecution. In this case, therefore, unlike the first hypothesis (unfair trial), where there is the objective lack of evidence that jeopardizes (we would say) "beyond reasonable doubt", there is an assessment based on a coefficient of

subjective nature: bad faith or the serious fault of the prosecutor or the police in the loss of the evidentiary contribution.

This is the paradigm of the application of the anti-abuse doctrine to the matter in comment. Generally, the case law solutions have been for the rejection of the defense's request to stop the trial due to unfairness of the process: the reasoning, in short, would have based on the fact that the loss of a probative contribution did not undermine the overall fairness of the procedure which, therefore, it had to be considered safeguarded by the presence of further probative data for which the jury would have taken into account⁴⁶⁵.

11.THE "MEDIA" PROCESS: ADVERSE PUBLICITY.

Adverse publicity is a problematic dating: the *strepitus fori*, especially in the face of incidents of alarming cruelty, can constitute a potential double prejudice for the accused. On the one hand, as can be guessed, we risk submitting the same to the media "pillory", almost as though we are hyperbole apart-the actual criminal trial is flanked by a further procedure (that of the mass media, precisely). We are here, it is inferred, to an "irradiation" of the effects (nefarious for the accused) of the criminal proceedings in public opinion. On the other hand, one can also come across the phenomenon of the opposite

⁴⁶⁵R v Beckford, [1996], 1 Cr App R 94, 103; R v Taylor, [2001], EWCA Crim 1106; R v Elliott, [2002], EWCA Crim 1199. for more details see: H. WELCH, Criminal procedure and sentencing, ed.

Routledge, London & New York, 2014. R. HUXLEY-BINN, Criminal law concentrate, Oxford University Press, Oxford, 2014.

direction: the public opinion that, due to the widespread dissemination of the news related to the trial, comes to "pollute" the impartiality of the judge. And it is this last aspect to be noted for the purposes of this part of the discussion.

The relationship between the criminal trial and the media world is too complex and delicate to be analyzed here in great detail; here, an observation is sufficient: that - as common sense induces us to believe - in certain situations, the influence in the courtrooms exercised by the debate promoted by the mass media is such as to seriously question the state of mental neutrality that he should keep the criminal judge. In other words: under certain conditions, the "polluting" influence of the media debate can go so far as to endanger the fairness of the procedure itself. Inaccurated guilties, a risk of unfair conviction: in substance, a process would take place where the image of a defendant replaces ab initio that of the guilty party. The premises and the rationale of the anti-abuse doctrine do not allow it: hence its application to abstractly evoked scenarios.

Also in this case, it is impossible to say in an a priori manner what exactly are the conditions that justify the recourse to the extreme remedy of the arrest of the proceeding. To this end, it is not enough to put in mind the (already well known) "casuistic" approach that characterizes the subject of the abuse of

the process. In reality, the problem concerning the identification of cases in which the media influence has reached intolerable levels, so as to jeopardize the process fairness, is intertwined with a further profile: this type of assessment would be concretized, for all purposes, in a psychological investigation by the judge against the members of the jury. In other words: stating that the criminal trial is hopelessly "distorted", for having come to create the premises of a real (using a terminology more congenial to us) iudex suspectus, it means to make a negative opinion on the third party and impartiality of the judges (an aspect which, it is repeated, inevitably involves the psychic coefficient). What may be the factors object of weighting for this purpose, then, it is difficult to establish, since they will be intertwined so much indices of an objective nature (think of the capillarity and the diffusion of the news related to the case, or the territorial location of the each other and the place where the media debate has predominantly centered), as much as of a subjective nature (constituted, in a broad sense, by the complex of information pertaining to the person of the jurors).

The "precedents" known in this context make these known difficulties⁴⁶⁶. Clearly, the (repeated) exceptionality of the remedy typical of the anti-abuse doctrine also imposes in this case the unavoidability of recourse to the same, with the known prior negative judgment

⁴⁶⁶R v Mc Cann, [1991], 92 Cr App R 239, 253; R v Taylor, [1994], 98 Cr App R 361, 368; R v Abu Hamza, [2006], EWCA Crim 2918, [2007], QB 659. See also: J. GRIFFITHS, P. MCKEOWN, Evidence, Oxford University Press, Oxford, 2012.

N. MONAGHAN, Criminal law, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 91ss. T. STOREY, A. LIDBURY, Criminal law, ed. Routledge, London & New York, 2012.

on the inadequacy of possible intermediate solutions (such as, for example, the appropriate caveats or indications that the judge can provide to the jury). Intermediate remedies that, however, to reflect well, would not be able to have the desired effect (avoid the arrest of the procedure), configuring the opposite - one would say - a vicious circle: if the judge invites the jury (hypothesize) not to take into account any public opinion, manifested in relation to the fact-offense being judged, other effect does not (does not seem wrong to believe) other than to confirm or even sharpen the conditioning explained by the first on impartiality of the jurors. A problem that, although latent, already exists, would thus be virulently brought to the surface.

There was a danger of unjust condemnation. In this case, therefore, the application of the theory of abuse would be limited to the operational pole of the risk of unfair trial. This, on the other hand, is what emerges from the analysis of the cases found on this specific area. It cannot be ruled out, however, that even the second of the operational articulations of the abuse of the process can be applied here, as it does not seem logical to assume that the media hype, provoked by a criminal affair, from which a profound state of frustration and anxiety for the accused, may constitute an attack on the moral integrity of justice, to the extent that the media "ordeal" is translated into subjecting the person concerned to a real extra-judicial penalty.

12. BREACH OF PROMISE.

This is probably the least frequent symptomatic case (in quantitative terms), but certainly the most paradigmatic with regard to the "ethical" foundation underlying the doctrine under examination.

Someone, subjected to criminal proceedings (we assume to be in the investigation phase), makes an agreement with the authority (with the prosecutor or with the police): the latter promises not to promote the prosecution; the "counter-claims" could be different (generally, it is that of the commitment to collaborate with justice). But if the authority does not comply with the pacts, promoting a criminal trial against the beneficiary of the promise? There is no need to dwell on the prejudice that the beneficiary of the promise of non-persecution would derive.

The violation of the commitment not to prosecute constitutes a distortion-it would seem to be physiologically inherent in the structure of the Anglo-Welsh criminal system: as already mentioned, the prosecution is in principle subject to the discretionary evaluation of the Crown Prosecution Service; without the need to dwell on the reasons that support this systemic option (which would certainly exceed the scope of this analysis), suffice it to note that no other misconduct of authority perhaps, like the present, materializes an abuse (in the literal sense of the term) of the criminal trial, being crystal clear evidence that the breach of the agreement, by unilateral choice made by the authority, simultaneously affects the fundamental interests underlying the two operational

articulations of the anti-abuse doctrine. It is of immediate intuition that the one who receives a commitment (assumed) of the prosecutor, independently of the promised "counterpart", renounces to cultivate any defensive strategy for a future trial; the establishment of a trial, therefore, against it, would see these in a physiologically worse position than that of the accusation, inevitably voted towards the risk of an iniquitous sentence. Or again: the authority could renounce the origin of *itineris* to cultivate the punitive pretension, thus neglecting the collection in investigation of all possible evidence: the subsequent sentence would therefore undoubtedly be undermined by doubt (wrongful conviction). "(...) it is not likely to constitute an abuse of process to proceed with a prosecution unless: a) there has been an unequivocal representation by those with the conduct of the investigation or prosecution of a case that the defendant will not be prosecuted and b) (...) the defendant has acted on the representation to his detriment. Even then, if facts come to light which were not known when the representation was made, these may justify proceeding with the prosecution despite the representation (...)"⁴⁶⁷.

13. THEORETICAL PARADIGM.

But is bad faith necessary? Furthermore: it has been said that the prosecution is attributed to prosecutor,

as can a promise of non persecution coming from the police, where breached (with consequent prosecution of the trial by the prosecution) constitute an abuse of the trial (being, it would be said, of *ultra vires* act)?

With reference to the first question, we answer immediately negatively. The objective datum is more specific: that, on the basis of the promise received, the prejudice has adopted determinations such as to abandon any self-defense perspective in relation to a setting up of a trial (whence the prejudice)⁴⁶⁸, it being understood that the any relief of bad faith at the head of the authority can only exacerbate the judgment of disapproval by the judge, with particular regard to the profile of the injured moral integrity of justice (evidently, a process started with such premises deviates from its institutional goals, also entailing the loss of that fundamental collective interest in the persecution of the guilty).

On the basis of the indices offered by the case studies, it seems therefore that the central element for the detection of a procedural abuse is that of the prejudice suffered by the interested party (detriment). But what exactly does it mean?

The applicative declinations have shown different manifestations: the authority refuses to pursue in exchange for the collaboration of the prevented as potential witness (prosecution witness)⁴⁶⁹, or the indication to the same of possible competitors in the crime. In

⁴⁶⁷R v Abu Hamza, [2006], EWCA Crim 524.

⁴⁶⁸R v Croydon JJ, ex p Dean, [1993], QB 769; A-G of Trinidad and Tobago v Phillip, [1995], 1 AC 396.

⁴⁶⁹R v Croydon JJ, ex p Dean, [1993], QB 769.

any case, there would be an (implicit or not) renunciation of the interested party to any further self-defense active in the criminal trial. This can be translated into the terms of a causal prognosis: the commitment of the authority must have led to the conviction, not guilty, of the definitive closure of the criminal affair; moreover, it will have to occur if the lack of a promise in this sense would have led to totally different determinations of the prejudice (eg: no collaboration with the authority would have been established by the same).

Between rational opening of system and future scenarios.

The stage of the question to which we can probably assume that we have reached the end of the work revolves around the following question: is it plausible that a criminal system, such as the Italian one, adopts an organic discipline on the subject of the prohibition of abuse?

We will leave the lemma "discipline" intentionally unspecified (without, therefore, re-entering the opportunity to conceive its implementation by legislative or interpretive means).

The need to acquire greater awareness of the dogmatic category under analysis and the actual terms of the problem in which it manifests itself would be, rationally, incontrovertible data. Of this, on closer inspection, one

would have demonstrated in a singular circumstance: tendentially (it is almost constant to say, if one does not run the risk of unbalancing), every attempt to discuss the issue ends up in a look at the unreasonable duration of the criminal trials in Italy, on the urgency of a reform of the statute of limitations and on the need to stigmatize the indecorousness offered by the defense in the court proceedings.

The aforementioned problems are not ineffective with the abuse of the process; nevertheless, they represent one (if it is allowed) tiny exemplifying portion that, if not appropriately "embedded" in the larger mosaic of which it is part, would not only be excessively limited (in terms of correct understanding of the phenomenon), but also misleading and source of strabismus (hermeneutics and perspective). The option to solve the problem by means of a "delegation" to the disciplinary jurisdiction is equivalent, all in all, to a resignation in the face of the inability of the system, as designed, to offer a real and effective response to the phenomenon in question. The limits of a procedural legality⁴⁷⁰ have been highlighted, albeit in a synthetic way, which, if we continue to understand it in the traditional declination of a rigid principle, would not allow the way out of the impasse. Probably, this is the real underlying error:

⁴⁷⁰M. MCCONVILLE, L. MARSH, Adversarialism goes west: Case management in criminal courts, in *International Journal of Evidence and Proof*, 19 (1), 2015, pp. 172ss. J. MCEWAN, From adversarialism to managerialism: Criminal justice in transition, in *Legal Studies*, 31 (4), 2011, pp. 519ss. A EDWARDS, The other Leveson

report-The review of efficiency in criminal proceedings, in *Criminal Law Review*, 2015, pp. 400ss. L. MARSH, Leveson's narrow pursuit of justice: Efficiency and outcomes in the criminal process, in *Common Law World Review*, 46, 2015, pp. 51ss.

pretending to face the issue of abuse with the "lens" of strict legality would be solved in practice in the use of an unsuitable instrument. So, if the same should be invoked (a function that certainly can not be challenged at the same) as a barrier to arbitrary or authoritarian drifts, a downturn in the name of those guarantees that would want to preside would certainly not result in an eversion.

And, if we do not go too far, the arrogance of those conservative settings of a "strong" legality, in an irreducibly legis centric vision, would perhaps show more a fundamental illusion than a genuine will to safeguard the pillars of the system. It is true: the idea of a practice that produces acts that conform perfectly to the ideal abstract-archetypal model of legality-is powerful in its political implications.

It generates the reassuring image of automatic legal operations, where everything is predetermined by a device (the law) that-so looked at-would seem omnipotent. But, it is useful to repeat: the practice (or, if you want, the daily experience) surpasses the theory. The product of a "reached" legality shows how it is the precipitate of something that never corresponds (entirely) to the legal type. Of course, this does not mean to come to disavow the role of an axiom such as the one in comment, so as to supplant its natural instrument of expression (legislative activity) with another (the interpretative one).

What would, at most, be to adjust its rigidity to an ever-changing legal, social and cultural context, even admitting-where necessary-an issue.

In short, if what has been said is true, that is to say the difficulties that loyalty to the paradigm are known, linked to the physiological lack of information on all the constitutive elements (of the case), and that the postulate of necessity must not be contested either. of a tendential conformity of the practical result to the basic norm, the practice, on the other hand, often shows the contrary need for a temperament of the starting dogma, in order to offer to the system those self-protection instruments that could not be placed in the written law.

It is reiterated: the abuse of the process, conceived in the proposed key of reflection, should not be a weapon capable of disintegrating the law and the principle of respect for forms; on the contrary, it would be (if we want to define it) a silent (unwritten) garrison, directed at opposing those procedural distortions of the genuine logic of the first, as well as the individual guarantees that the same would protect. We agree. The proposed operational and interpretative paradigm is likely to be influenced by (excessive) audacity: the juridical-cultural path in which the internal legal system is inserted (civil law) would not, in principle, show openings in the illustrated direction.

But the point, on closer inspection, would perhaps be right here: if it is worthwhile to insist with a line that - as it seems - has already abundantly shown the profiles of inefficiency towards certain dysfunctions highlighted by the practice and, at the same time, the material limits of a legislative activity that, although technically unexceptionable or sensitive to concrete

experience, can not but constitute an approximation, therefore destined to leave gaps that end up sharpening the basic problems of the system; or else, always with the prudence imposed by an interpretative and operative model that, if hypothesis were introduced, would require a substantial amount of time to settle and become (so to say) *ius receptum*, take note of the current historical and cultural contingencies, to be ready not to a clumsy as unpopulated *tabula rasa* of the "old" to enter the "new", but to let everything change, because (the whole itself) remains as it is⁴⁷¹. Within this perspective dimension, the role of a careful doctrine-one believes it can sustain-would be to contribute to a rational and wise control of this change.

CONCLUDING REMARKS.

The paragraph will end with some general consideration on the Anglo-Welsh doctrine of the trial abuse. As we have tried to point out immediately, the origin and the cause of the institution's elaboration has an undoubted common feature with the reconstruction matured in the Italian system: the gaps in the system (in our: from the law) are filled through a jurisprudential substitute work.

Clearly, the Anglo-Saxon is certainly a more fertile ground for the cultivation of the theoretical subject: to the connotations of an order where a written law is structurally lacking, there

is the discretionary nature of the prosecution, which would imply-at least theoretically-a greater thus) degree of "abusability" of the procedural instruments in general, if not properly of the process itself.

Attempting to simplify the terms of the discussion as much as possible, one can rationally say that the central element of all the jurisprudential reconstruction so far analyzed is the discretion: as we have seen, recourse to the anti-abuse doctrine is subject to discretionary evaluation by of the judge who, within a broad disciplinary dosimetric spectrum, has more options, reaching the adoption of the extreme solution when the principle of legitimacy is irreparably compromised. At the same time, what we have called "abusability" of the trial (or of the trial institutes) depends directly on the margins of maneuver that the procedural parties have in the conduct of the dispute: in the criminal trial, being the accusation part actress, is at the same time the one that is most able to pollute the overall fairness of the procedure (intuitively, then, if the exercise of the *voluntas persecutionis* is even remitted to it, one understands the imbalance that is recreated among the necessary parts of the process with regard to the ability to abuse it).

It has also been seen that the arrest of trial constitutes an entirely exceptional remedy: for the most understandable reasons that, on the one hand, the paralyzing of the punitive

⁴⁷¹J. JACKSON, S. SUMMERS, The internationalisation of criminal evidence, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

pretension places a sensitive barrier on the collective interest in the repression of crimes; on the other, we are witnessing a cultural scenario in which we generally trust in the "thaumaturgical" capacities of the criminal trial: it is a machine that already has enough tools to guarantee the overall fairness, possibly (if so we want to say) cars - making up during the course. In short: there is generalized trust in a procedural system which, ideally, would represent a correct compendium of needs for the discovery of the truth (repression of crimes) and the protection of guarantees.

On the other hand, the whole theory of abuse of process seems to stand on the dialectic just reported, leading to the adoption of a fundamental system caution: the degree of heuristic penetrance of the process must be modulated. Truth always has a price and, in certain cases, it can become unbearable. In conclusion, it would not seem risky to state that the doctrine of abuse of process can only be citizenship within an accusatory system.

There will be no judgments about the limits or correctness of the reconstruction made in the Anglo-Saxon order (it does not even fall within the scope of the present comparative research). In fact, it interests something else: if the instruments offered there are likely, in some way, to import into the internal procedural system. In short, all the meaning of the analysis carried out here should be turned into a final question: if and what in concrete can be borrowed from the Anglo-Saxon system regarding the abuse of process.

REFERENCES

- ANDREWS, N. Abuse of process in english civil litigation, in A.A.V.V., (ed.), Abuse of procedural rights: Comparative standards of procedural fairness, Kluwer Law International, The Hague, 1999.
- BLAKE, S. BROWNE, J. SIME, S. A practical approach to alternative dispute resolution, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- BRAY, R. Beckford and beyond. Some developments in the doctrine of abuse of process, in Denning Law Journal, 19, 2007.
- CHOO, A. Abuse of process and judicial stays of criminal proceedings, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- DENNIS, I.H. The law of evidence, Sweet & Maxwell, London, 2014.
- FAIRCLOUGH, S. Speaking up for Injustice: Reconsidering the provision of special measures through the lens of equality, in Criminal Law Review, 2018.
- FOX, R.G. Criminal delay as abuse of process, Monash University Law Review, 64, 1990,
- GILLESPIE, A. WEARE, S. The english legal system, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- GLEESON, A.M. Individualised justice- The holy grail, in Australian Law Journal, 20, 1995.
- HENDERSON, E. Taking control of cross-examination: Judges, advocates and intermediaries discuss judicial management of the cross-examination of vulnerable people, in Criminal Law Review, 2016.

- HERRING, J. Criminal law: Text, cases and materials, Oxford University press, Oxford, 2018.
- JACKSON, J. SUMMERS, S. The internationalisation of criminal evidence: Beyond the common law and civil law traditions, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- JACOB, I.H. The inherent jurisdiction of the Court, in Current Legal Problems, 43, 1990
- JOLOWICZ, J.A. Abuse of the process of the Court: Handle with care, in Current Legal Problems, 43, 1990.
- KEANE, A. MCKEOWN, P. The modern law of evidence, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- KIRBY, A. Effectively engaging victims, witnesses and defendants in the Criminal Courts: A question of “court culture”?, in Criminal Law Review, 2017.
- LAI HO, H. State entrapment, in Legal Studies, 31 (1), 2011.
- LIAKOPOULOS, D. The different form of abuse of law and process in the European Union, Vandepas Publishing, Florida, 2019.
- LOUGHNAN, A. Between fairness and “dangerousness”: Reforming the law on unfitness to plead, in Criminal Law Review, 2016.
- MASON, K. The inherent jurisdiction of the Court, in Australian Law Journal, 57, 1983,
- OWUSU-BEMPAH, A. Silence in suspicious circumstances, in Criminal Law Review, 2014.
- PACIOCCO, A. The stay of proceedings as a remedy in criminal cases: Abusing the abuse of process concept, in Criminal Law Journal, 15, 2001.
- PATTENDEN, R. Abuse of process in criminal litigation, in Journal of Criminal Law, 53, 1989.
- PATTENDEN, R. Pre-verdict judicial fact-finding in criminal trials with justice, in Oxford Journal of Legal Studies, 29 (1), 2009.
- PATTENDEN, R. The power of the Courts to stay a criminal prosecution, in Criminal Law Review, 1985.
- QUIRK, H. The rise and fall of the right of silence. Principle, politics and policy, Taylor & Francis, New York, 2016.
- ROBERTS, P. Excluding evidence as protecting constitutional rights, in L. ZEDNER ROBERTS JV (eds.), Principles and values in criminal law and criminal justice. Essays in honour of Andrew Ashworths, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- SANDERS, A. YOUNG, R. BURTON, M. Criminal justice, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- SCHNEIDER, A.L. The right to a speedy trial, in Stanford Law Review, 20, 1968.
- SCHNEIDER, C.E. Discretion and rules: A lawyer’s view, in K. HAWKINS (ed.), The uses of discretion, Oxford University Press, Oxford, 1992.
- SINE, S. A practice approach to civil procedure, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- SLOAN, B. Keeping up with the Jones case: Establishing constructive trusts in “sole legal owner” scenarios, in Legal Studies, 35 (2), 2015.
- SUNSTEIN, C.R. Problems with rules, in California Law Review, 83, 1995.

TAPPER, C. Cross & Tapper on evidence,
Oxford University Press, Oxford,
2010.

WINFIELD, P.H. The history of conspiracy
and abuse of legal procedure,
Cambridge University Press,
Cambridge, 1921.

MEDIAZIONE CIVILE OBBLIGATORIA, L'ESPERIENZA ITALIANA. IL "CORRETTIVO" 25.01.2025. ULTERIORE PASSO AVANTI.^{472 473}

**MANDATORY CIVIL MEDIATION, THE ITALIAN EXPERIENCE. THE "CORRECTIVE"
01/25/2025. FURTHER STEP FORWARD.**

MEDIAÇÃO CIVIL OBRIGATÓRIA, A EXPERIÊNCIA ITALIANA.

Giovanni Matteucci

Laurea in Giurisprudenza e Laurea in Economia e Commercio, Diploma in Economics (UK). InMEDIATE, International Mediators Trained in Europe course (Germania, Italia, Polonia). Mediatore civile e commerciale dal 2006 e formatore dal 2011. Mediatore presso ADRCenter (Italia), MHJMC Mainland-Hong Kong Joint Mediation Center e KIMC Korea International Mediation Center. Specializzato nell'uso della mediazione per prevenire il conflitto in situazioni di crisi finanziaria e *debt-advisor* nelle procedure di sovraindebitamento.
giovannimatteucci@alice.it
<https://www.linkedin.com/in/giovanni-matteucci-58352226/>

ABSTRACT: Il rapporto tra gli italiani e la giustizia civile non è sempre stato dei più facili e la mediazione, almeno formalmente, è sempre stata presente nell'ordinamento giuridico italiano, eccetto che nel periodo 1922/1945. Nel 2010 è stata introdotta la mediazione civile obbligatoria, cioè condizione di procedibilità. Contestazioni, critiche, sconcerto. Tuttavia, anche se a passo lento, è cresciuta e da ultimo, nella Gazzetta Ufficiale italiana del 10.01.2025 è stato

pubblicato il D.Lgs. 27.12.2024, n. 216, (da tempo atteso e) denominato "Correttivo".⁴⁷⁴ Esso infatti introduce modifiche molto interessanti al D.Lgs. 10.10.2022, n. 149 (Riforma Cartabia), che apportava cambiamenti ad uno degli atti base della normativa italiana sulla mediazione, il D.Lgs. 28/2010, già

⁴⁷² Artigo recebido em 27/01/2025 e aprovado em 27/01/2025.

⁴⁷³ Ringrazio la Dr.a Monica Dall'Olio, l'avv. Mario Antonio Stoppa e l'avv. Giuseppe Ruotolo, mediatori, per uno scambio di idee sugli argomenti del presente articolo. Per quanto superfluo, la responsabilità del suo contenuto ricade unicamente sul sottoscritto.

⁴⁷⁴ DECRETO LEGISLATIVO 27 dicembre 2024, n. 216, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, in materia di mediazione civile e commerciale e negoziazione assistita. (25G00003) (GU Serie Generale n.7 del 10-01-2025) - note: Entrata in vigore del provvedimento: 25/01/2025

Il testo del "Correttivo" è riportato in <https://www.linkedin.com/pulse/mediazione-civile-e-commerciale-dlgs-27122024-n-216-matteucci-fxmkf/?trackingId=FDWamWLBQ7K73qrbWKTtHg%3D%3D> e https://www.academia.edu/127068117/Mediazione_obbligatoria_in_Italia_D_Lgs_216_27_12_2024_Correttivo_

oggetto di numerosi interventi nel corso degli anni.⁴⁷⁵

I numeri, relativi ad articoli di legge e commi, indicati nel presente articolo, si riferiscono agli articoli non del “correttivo” ma del D.Lgs. 28/2010 modificati dal “Correttivo”.⁴⁷⁶

Una sola perplessità: la probabile *lawyerisation of mediation*.

ABSTRACT: The relationship between Italians and civil justice has not always been the easiest and mediation, at least formally, has always been present in the Italian legal system, except in the period 1922/1945.

In 2010, mandatory civil mediation was introduced, i.e. a condition of admissibility. Protests, criticisms, dismay. However, even if slowly, it has grown and finally, in the Italian Official Journal of 10.01.2025, Legislative Decree 27.12.2024, n. 216, (long awaited and) called “Corrective” was published. In fact, it introduces very interesting changes to Legislative Decree 10.10.2022, n. 149 (Cartabia Reform), which brought changes to one of the basic acts of the Italian legislation on mediation, Legislative Decree

28/2010, already the subject of numerous interventions over the years.

The numbers, relating to articles of law and paragraphs, indicated in this article, refer to the articles not of the “corrective” but of Legislative Decree 28/2010 amended by the “Corrective”.

RESUMO: A relação dos italianos com a justiça civil nem sempre foi das mais fáceis e a mediação, pelo menos formalmente, sempre esteve presente no ordenamento jurídico italiano, exceto no período de 1922/1945.

Em 2010, foi introduzida a mediação civil obrigatória, que é uma condição de admissibilidade. Protestos, críticas, consternação. No entanto, mesmo que em ritmo lento, tem crescido e, por fim, no Diário Oficial italiano de 10.01.2025, Decreto Legislativo 27.12.2024, n. 216, (muito aguardado e) chamado de “Corretivo”. De fato, ele introduz mudanças muito interessantes no Decreto Legislativo 10.10.2022, n. 149 (Reforma de Cartabia), que introduziu alterações a um dos atos básicos da legislação italiana sobre mediação, o Decreto Legislativo 28/2010, que já

⁴⁷⁵ In Giovanni Matteucci, “*Mediazione civile e commerciale in Italia dopo la Riforma Cartabia. Da Zaleuco di Locri Epizefiri (VIII sec. A.C.) all’intelligenza artificiale*”, Aracne editrice, 06.09.2024, pag. 271 e seguenti.

ISBN Cartaceo 979-12-218-1451-4, PDF 979-12-218-1452-1

<https://www.aracneeditrice.eu/it/pubblicazioni/mediazione-civile-e-commerciale-in-italia-dopo-la-riforma-cartabia-giovanni-matteucci-9791221814514.html>

Anteprima

<https://www.aracneeditrice.eu/antepime/9791221814514.pdf>

⁴⁷⁶ Il testo del D.Lgs. 28/2010, con le *correzioni apportate* dal “Correttivo”, è in

[https://www.linkedin.com/pulse/decreto-legislativo-28-del-43-2010-con-le-modifiche-dal-matteucci-](https://www.linkedin.com/pulse/decreto-legislativo-28-del-43-2010-con-le-modifiche-dal-matteucci-0mivf/?trackingId=KCB7coOBRzGLO1DdwfP%2FyQ%3D%3D)

[0mivf/?trackingId=KCB7coOBRzGLO1DdwfP%2FyQ%3D%3D](https://www.linkedin.com/pulse/decreto-legislativo-28-del-43-2010-con-le-modifiche-dal-matteucci-0mivf/?trackingId=KCB7coOBRzGLO1DdwfP%2FyQ%3D%3D) e

https://www.academia.edu/127067057/Mediazione-obbligatoria-in-Italia-D-Lgs-28-del-4-3-2010-CON-LE-MODIFICHE-APPORTATE-dal-D-Lgs-27-12-2024-n-216-Correttivo_

havia sido objeto de inúmeras intervenções ao longo dos anos.

Os números, relativos aos artigos de lei e parágrafos, indicados neste artigo, referem-se aos artigos não do "corretivo", mas do Decreto Legislativo 28/2010 alterado pelo "Corretivo".

PALAVRAS-CHAVE: Mediazione Italiana; Mediazione Civile Obbligatoria; Riforma Cartabia; Intelligenza Artificiale; Mediazione jussu judicis.

1 - LA MEDIAZIONE IN ITALIA DAL 1865 AL 2020, UNA SINTESI

CODICE DI PROCEDURA CIVILE

del
REGNO D'ITALIA
1865

TITOLO PRELIMINARE

DELLA CONCILIAZIONE E DEL
COMPROMESSO

CAPO I

Della conciliazione

1. I conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie.

2. La conciliazione può aver luogo quando le parti abbiano la capacità di disporre degli oggetti su cui cade la controversia, e non si tratti di materia nella quale siano vietate le transazioni.

La conciliazione fatta da un tutore o altro amministratore, o da chi non possa liberamente disporre degli oggetti su cui cade la controversia, ha soltanto effetto quando sia approvata nei modi stabiliti per la transazione.

Le conciliazioni sul falso proposto in via civile non hanno effetto se non siano omologate dall'autorità giudiziaria, sentito il ministero pubblico.

3. la richiesta per la conciliazione è fatta anche verbalmente al conciliatore del comune in cui una delle parti che si vuole chiamare in conciliazione ha residenza, domicilio, o dimora, ovvero si trova la cosa controversa.

4. Gli avvisi alle parti per le conciliazioni sono scritti dal cancelliere, che indica in essi l'oggetto e il giorno per la comparizione.

Il messo del comune notifica questi avvisi lasciandone copia alla persona, o alla residenza, o al domicilio, o alla dimora, e il cancelliere nota sull'originale la seguita notificazione.

Gli avvisi originali si consegnano alla parte istante.

5. Le parti possono farsi rappresentare nelle conciliazioni da persona munita di mandato speciale per quest'oggetto, e autentico.

Se alcuna di esse non comparisca nel giorno e nell'ora stabiliti, non si ammettono altre richieste per la conciliazione, salvo che siano fatte da tutte le parti.

6. Quando le parti siasi conciliate, si forma processo verbale che contenga la convenzione.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti, dal conciliatore e dal cancelliere.

Se le parti, od una di esse, non possano sottoscrivere, se ne fa menzione indicando il motivo.

Se una delle parti ricusi di sottoscrivere, la conciliazione si ha per non avvenuta.

Non riuscendo la conciliazione, il cancelliere ne fa menzione in apposito registro.

7. *Quando l'oggetto della conciliazione non ecceda il valore di lire trenta, il processo verbale di conciliazione è esecutivo contro le parti intervenute, al quale effetto il conciliatore può autorizzarne la spedizione della copia nella forma stabilita per le sentenze.*

Se l'oggetto della conciliazione ecceda il valore di lire trenta, o il valore sia indeterminato, l'atto di conciliazione ha soltanto la forza di scrittura privata riconosciuta in giudizio.

Nel codice di procedura civile del Regno d'Italia del 1865, all'articolo 1, nel Titolo preliminare, da considerarsi *“come il vestibolo dell'edificio processuale”* ⁴⁷⁷, era normata la conciliazione. Ed il motivo di tanta importanza riconosciuta a questo istituto era spiegato dal Ministro guardasigilli Vacca nella relazione di presentazione del codice al re:

Quando è necessario che la legge impedisca ai cittadini il farsi diritto

di loro mano, sostituendo la forza privata alla giustizia sociale, altrettanto conviene che la ragione pubblica non intervenga, se non in sussidio di ogni mezzo volontario, inteso ad antivenire o cessare le liti. Le quali sono di per sé cagione di dissidii, di turbazioni e di rancore infesti al benessere sociale”. Non mancarono dubbi e critiche. ⁴⁷⁸

Per quanto riguarda la qualità della giustizia, secondo Giovanni Giolitti, che sarà uno dei politici italiani più influenti nei primi 20 anni del XXI secolo, *«In Italia, ... la giustizia è lenta, costosissima e senza sufficienti garanzie”.* ⁴⁷⁹

E, negli stessi anni, in una relazione del

Regno d'Italia Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio

Direzione generale della statistica,
 “Annali di Statistica”,
 Atti della commissione per la
 statistica giudiziaria civile e penale,
giugno 1896, pag. XVI

1-. Sui discorsi dei Procuratori generali presso le Corti d'appello intorno all' amministrazione della giustizia (parte civile) durante l'anno 1895.

I Procuratori generali lamentano anche quest'anno il numero grande delle conciliazioni non

⁴⁷⁷ Lorenzo Scamuzzi, *Digesto Italiano*, 1886, voce Conciliatore, pagina 39.

⁴⁷⁸ Giovanni Matteucci, *La mediaconciliazione: una mimesi di legislazioni altrui o un recupero delle nostre tradizioni?*, 2010
 Temi Romana (quadrimestrale dell'Ordine degli avvocati di Roma), 2010

Giovanni Matteucci, cit. nota 2, pagg. 89/119.

⁴⁷⁹ Giovanni Giolitti, *Propaganda, giornale socialista, Napoli, 5.11.1899, discorso 29.10.1899 agli elettori di Busca, 1899*
<https://www.mirkoriazzoli.it/discorso-di-dronero-di-giolitti/>

riuscite e mettono in luce le difficoltà che si oppongono alla scelta di persone, le quali offrano tali garanzie di onestà pubblica e privata e capacità, da poter rivestire degnamente l'ufficio di giudice conciliatore.

Scarsa applicazione continuò ad avere la disposizione dell'articolo 417 del Codice di procedura civile, per la quale il Pretore deve tentare di mettere d'accordo per un'amichevole conciliazione le parti che ricorrono al suo ministero.

“..... Il Relatore ha conchiuso (concluso) questa parte del suo discorso esprimendo il voto che i procedimenti contenziosi divengano sempre più rari coll'affermarsi delle civili tendenze alla conciliazione ed all'arbitrato”.⁴⁸⁰

In sintesi, aggiungiamo noi, scarsa preparazione dei soggetti incaricati di gestire le conciliazioni e scarsa disponibilità dei pretori (magistrati, diremmo oggi, togati) a ricorrere alla conciliazione giudiziale. Ed auspicio ad una riduzione dei contenziosi giudiziari civili, grazie al ricorso a conciliazione ed arbitrato. Tutte caratteristiche che ritroveremo a distanza di un secolo.

Stabili, nel corso degli anni, anche alcuni fattori socio culturali:

- in Italia non c'è stata né la rivoluzione industriale, né quella borghese, ma la sola autodichiarata “rivoluzione” fascista (1922 / 1945), che altro non fu che il mantenimento dello “*statu quo ante*”; gli italiani quindi preferiscono le tradizioni (ne hanno di molto belle) alle novità;

- Piero Calamandrei, uno dei principali giuristi italiani del XX secolo, nel 1921 scriveva:

Non bisogna dimenticare che il sistema della libera avvocatura ... presenta un grave pericolo, nella possibilità che il regime di benefica concorrenza tra i liberi professionisti si trasformi in una esasperata lotta per l'esistenza quando, aumentando il numero dei patrocinatori in misura sproporzionata al numero delle cause da patrocinare, il normale lavoro professionale venga a scarseggiare per tutti.

“Qualcuno potrebbe chiedersi se, nelle regioni in cui più alta è la litigiosità, il più denso numero di avvocati possa considerarsi come effetto di quella, o non, piuttosto, viceversa...”;⁴⁸¹ e non pare che da allora la situazione sia migliorata;

- secondo Giuseppe Prezzolini, sempre nel 1921: *“Non è vero, in modo assoluto, che in Italia, non esista giustizia. E' invece vero che non bisogna chiederla al giudice, bensì al deputato, al Ministro, al giornalista, all'avvocato*

⁴⁸⁰ Regno d'Italia Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio. Direzione generale della statistica, “Annali di Statistica”, *Atti della*

commissione per la statistica giudiziaria civile e penale, giugno 1896, a pag. XVI

⁴⁸¹ Piero Calamandrei, *Troppi avvocati*, 1921, ed. La Voce, pagina 35

influyente ecc. La cosa si può trovare: l'indirizzo è sbagliato".⁴⁸²

Anche se, a distanza di un secolo, pare che nella società italiana il tribunale svolga il ruolo di catalizzatore, nel tentativo di risolvere le controversie. Secondo Pierluigi Battista, infatti, *"Dalle liti tra vicini ai diritti civili e alle scuole. Polemiche, politici pigri, cavilli. Perché deleghiamo la nostra vita quotidiana ai giudici, mentre contestiamo continuamente che la giustizia non funziona? ... Cani che abbaiano, panni stesi, merendine, fallimenti scolastici. Inefficacia che però disegna un quadro in cui, scomparsi gli organi di "mediazione", i partiti, le associazioni, le unioni di categoria, i comitati, i centri culturali, si lascia al singolo cittadino l'unica "mediazione" chiamata a decidere oggi: la giustizia"*.⁴⁸³

A distanza di un secolo, quindi, in Italia, la situazione della giustizia e della soluzione stragiudiziale delle controversie presentano numerose costanti, anche se gli sforzi per migliorarle sono stati numerosi e stanno dando i loro primi frutti.

2. INTRODotta LA MEDIAZIONE CIVILE OBBLIGATORIA, 2010

L'arretrato presso i tribunali civili italiani ha costituito un problema per lungo tempo: 4.861.515 cause pendenti nel 2.005, 5.395.102 nel 2010, 5.826.440 il 31.12.2019, il valore più alto mai registrato, nonostante negli anni precedenti fossero state introdotte innovazioni nel sistema giudiziario.

Nel 2010 l'Italia, probabilmente primo Paese nell'area occidentale contemporanea, introdusse la mediazione civile, condizione obbligatoria di procedibilità, nelle materie,⁴⁸⁴ le cui controversie ammontavano a circa l'8,5% delle cause presso i tribunali civili. Il magistrato poteva, e può, disporre il ricorso ad una mediazione nelle controversie relative a TUTTI i diritti disponibili. L'accordo di mediazione, omologato dal presidente del tribunale, aveva efficacia esecutiva.

L'elemento debole di tutte queste innovazioni stava nella formazione. Per garantire, con urgenza, la presenza di mediatori in tutto il territorio nazionale, la legge prescriveva un corso base di sole 50 ore.⁴⁸⁵ Inoltre ci fu l'aspettativa di

⁴⁸² Giuseppe Prezzolini, Codice della Vita Italiana, §18, 1921

<http://tuttosbagliatottodarfare.blogspot.it/2011/10/codice-della-vita-italiana-giuseppe.html>

⁴⁸³ Pier Luigi Battista, *Il Paese dove tutto finisce in Tribunale*, Corriere della Sera 17.03.2019

https://www.corriere.it/cronache/17_marzo_29/paese-dove-tutto-finisce-tribunale-935c7212-14c5-11e7-a7c3-077037ca4143.shtml

⁴⁸⁴ Condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da

responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari,

⁴⁸⁵ Maciocchi Patrizia - *"Il capo dell'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia Augusta Iannini, intervenuta ieri al convegno di Unioncamere, ha precisato: 'quando è iniziata questa avventura il timore era di non avere abbastanza copertura sul territorio. Sulla scia di questo abbiamo dettato regole applicate oggi ad una realtà diversa; questo può creare dei problemi al sistema' "*; in *"Autoselezione per la*

200.000 procedure di mediazione in soli cinque anni, per cui molti professionisti, principalmente avvocati, frequentarono in tutta fretta i corsi di formazione, in genere gestiti da avvocati e, quindi, focalizzati più sulle tecniche procedurali che su quelle di mediazione. La qualità ne risentì e così i risultati delle mediazioni, soprattutto il numero di accordi.⁴⁸⁶ Inoltre, mancavano, ed ancora mancano, di corsi universitari curriculari sulle ADR.

Tre gli atti normativi approvati: L. 69/2009, 18.06.2009⁴⁸⁷ e D.Lgs. 28/2010, 04.03.2010,⁴⁸⁸ che regolarono

anche la mediazione demandata dal magistrato. Dopo pochi mesi il D.M. 180/2010, 18.10.2010⁴⁸⁹.

L'opposizione da parte dell'avvocatura fu veemente, sostenendo innanzitutto che "*La mediazione non fa parte della cultura giuridica italiana*"; la storia dice l'opposto.⁴⁹⁰ Ma il problema era culturale, di formazione (universitaria e professionale) basata esclusivamente sulle tecniche avversariali; nonché economico (ADR intese non come *Alternative Dispute Resolutions*, bensì come *Alarming Drops in Revenues*).⁴⁹¹

qualità dei mediatori", Il Sole 24 Ore, 21.03.2012; Norme e tributi, pag. 26.

⁴⁸⁶ Giovanni Matteucci, *Mediazione avanti tutta, ma ...la formazione?*, Altalex 26.9.2012 <https://www.altalex.com/documents/news/2012/09/26/mediazione-avanti-tutta-ma-la-formazione>

⁴⁸⁷ Legge delega 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*. (09G0069) (GU n. 140 del 19-06-2009 – Suppl. Ordinario n. 95) https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2009-06-19&atto.codiceRedazionale=009G0069&elenco30giorni=false

⁴⁸⁸ Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28, *Attuazione dell'articolo 60 della legge giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*. (10G0050) (GU n. 53 del 05-03-2010) <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2010/03/05/010G0050/sg>

⁴⁸⁹ Decreto Ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180, *Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*.

(10G0203) (GU Serie Generale n. 258 del 04-11-2010) (10G0203) (G.U. Serie Generale n. 258 del 04.11.2010).

https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2010-11-04&atto.codiceRedazionale=010G0203&elenco30giorni=false#:~:text=Il%20decreto%20stabilisce%20i%20criteri,livelli%20di%20formazione%20dei%20mediatori.

⁴⁹⁰ Matteucci G, cit., nota 2, pagg. 89/119 e *Mediazione civile in Italia, excursus storico*, Academia.edu, 2020 https://www.academia.edu/43988050/Mediazione_civile_in_Italia_excursus_storico_2020

⁴⁹¹ Paul Godin – "*Italian Lawyers Strike Because of Mandatory Mediation – Believe it or not, the Italian Bar Association is calling on its members to strike in opposition to a mandatory mediation law. According to the website for the Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana (the Italian bar association- www.oua.it), lawyers are being asked to participate in a strike from March 16-22, and a public protest demonstration on March 16th. The strike is aimed at a new law commencing March 21st, requiring mandatory mediation in certain cases. Lawyers are being asked to attend the protest and to cease work on all cases during that period.*

"Interestingly, the timing of the strike blankets a national holiday (March 17-18) and a week-end (March 19-20), effectively extending what is already a four-day weekend.

Da parte della magistratura ci fu un formale benevolo disinteresse, in quanto la mediazione era considerata “figlia di un Dio Minore”; un problema culturale, di formazione.⁴⁹²

Le preoccupazioni maggiori da parte dei magistrati erano:

- una metamorfosi del sistema, con controversie inizialmente gestite con tecniche basate sulla psicologia, al di fuori delle garanzie costituzionali;
- timore di mediatori non avvocati;
- interferenza tra mediazione e giurisdizione;
- la risoluzione delle cause senza l’emanazione di una sentenza contraria ai criteri della progressione di carriera dei giudici, quest’ultima basata soprattutto sul numero di sentenze emesse.

“Now that mediation is an accepted part of the civil litigation process, we forget that in other parts of the world, lawyers are still fighting against measures that may settle cases and reduce legal fees. Even though there is a significant backlog of cases in Italy, lawyers are obviously not taking this new law lying down.”

“That said, it is interesting that the Government passed the law notwithstanding such strong opposition from the Bar” – in ADRChambers (Canada), 19.04.2011

<http://www.adrchambers.com/blog/2011/04/19/italian-lawyers-strike-because-of-mandatory-mediation/>

Per l’Avv. Maurizio De Tilla, presidente dell’OUA, Organismo Unitario dell’Avvocatura, di rappresentanza politica degli avvocati, “L’obbligatorietà e i costi alti - costituiscono - un meccanismo perverso che, oltre che limitare l’accesso alla giustizia, avviava un processo di privatizzazione di un diritto sancito dalla nostra Costituzione.

“La media-conciliazione obbligatoria è figlia di diverse forzature nel suo iter di approvazione e dell’assoluta indifferenza ai richiami delle

Tuttavia un piccolo numero di giudici fin da subito si rese conto delle potenzialità della mediazione:

- “Progetto Conciliamo”, iniziato nel 2005 presso il Tribunale di Milano, Giudice Marcello Marinari;⁴⁹³

- “Progetto Nausicaa”, avviato nel 2009 presso l’Università ed il Tribunale di Firenze, Prof.a Lucarelli e Giudice Luciana Breggia;

- “Conciliazione Integrata”, avviata nel 2011 presso il Tribunale di Bari, Sezione distaccata di Medugno, Giudice Mirella Delia;

- Tribunale di Roma, Sezione distaccata di Ostia, dove il Giudice Massimo Moriconi, grazie ad un uso intensivo di invito alla mediazione, nel 2012 realizzò una diminuzione per lo

Commissioni Parlamentari che chiedevano decise e forti correzioni. Ma anche di una concezione sbagliata dei sistemi extragiudiziali di risoluzione delle controversie, unica nel panorama europeo, partorita nelle stanze del ministero di Giustizia del precedente Esecutivo, senza la necessaria consultazione con l’avvocatura. Questo sistema ha solo alimentato un mercato ‘drogato’ di scuole di formazione per mediatori e di società di conciliazione nate ad hoc, senza i dovuti criteri di qualità”.

In Quotidiano Sanità, 24.10.2012, https://www.quotidianosanita.it/cronache/articolo.php?approfondimento_id=2797

⁴⁹² Matteucci, *Conciliazione endoprocessuale e mediazione delegata: per la magistratura italiana ‘figlie di un Dio minore’*, MondoADR 8.12.2014

<https://www.mondoadr.it/articoli/conciliazione-endoprocessuale-mediazione-delegata-la-magistratura-italiana-figlie-di-dio-minore.html>

⁴⁹³ Giuseppe Buffone, *La mediazione demandata o disposta dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell’Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano*, 2014 <http://www.ilcaso.it/articoli/404.pdf>

meno del 10% delle cause presenti nel suo ruolo.^{494 495}

Queste prime iniziative cominciarono ad essere conosciute da vari magistrati e con gli anni produssero risultati interessanti.

Altro elemento importante, per un inizio della diffusione della conoscenza della mediazione in Italia, è stata la CIM - Competizione Italiana di mediazione a Milano, una gara tra studenti universitari, che negoziano davanti ad un mediatore professionista. Iniziativa promossa e gestita dal Dr. Nicola Giudice della Camera di Commercio, organizzata per la prima volta nel 2013, ripetuta ogni anno, e riproposta anche in altre città, con una partecipazione entusiasta da parte dei ragazzi provenienti da molteplici università d'Italia. A seguito di ciò, vari professori, di propria iniziativa, hanno organizzato corsi sulle ADR, che hanno sempre visto un'adesione consistente da parte degli studenti. Mancata, però, l'istituzione da parte del Ministero di corsi curriculari sulle ADR in tutte le università.

Come detto, all'introduzione della mediazione civile, condizione obbligatoria di procedibilità, in Italia nel 2020, la reazione dell'avvocatura fu veemente.

Interessante notare che alcuni anni prima era entrata in vigore la conciliazione societaria. Il d.lgs. 17.1.2003, n. 5 ("Riforma del diritto societario"), con gli artt. 38, 39 e 40 aveva introdotto la mediazione amministrata VOLONTARIA in campo societario, bancario, creditizio e finanziario, con la possibilità per le parti, concordi, di chiedere al mediatore una proposta di accordo e, per quest'ultimo, di essere sottoposto ad omologa da parte del presidente del tribunale e divenire esecutivo. La normativa entrò in vigore nel 2005.

In quell'occasione il legislatore italiano fece inoltre una scelta di fondo: l'affidamento in *outsourcing* della gestione della mediazione ad organismi pubblici e privati, costituiti secondo criteri dettati dal Ministero della Giustizia e da quest'ultimo controllati.

I settori di riferimento della normativa erano molto vasti (societario, bancario, creditizio e finanziario) e i potenziali conflitti ben numerosi, il ricorso alla procedura era VOLONTARIO ed era possibile ottenere esecutività dell'accordo. Nonostante ciò l'utilizzo dello strumento fu vicino allo zero.

Quando ne chiesi il motivo ad alcuni avvocati, la risposta fu: "**Non era obbligatorio!**" (ma le contemporanee

⁴⁹⁴ Maria Cristina Biolchini, *Resoconto del convegno: Il ruolo del giudice nella mediazione*, in MondoADR 17.6.2013

<http://www.mondoadr.it/cms/articoli/resoconto-del-convegno-il-ruolo-del-giudice-nella-mediazione.html>

Massimo Moriconi, *La mediazione, profili operativi e problematiche operative*, 25.11.2011 <http://www.adrmaremma.it/moriconi01.pdf>

⁴⁹⁵ Giovanni Matteucci, *Mediation and Judiciary in Italy 2019*"

Asia Pacific Mediation Journal, 2019 / 2, page 62 <http://mediate.or.kr/base/data/APMJ.php>

https://www.academia.edu/40638556/Mediation_and_judiciary_in_Italy_2019

Giovanni Matteucci, *Mediazione e giudici in Italia* <https://portaltj.tjrj.jus.br/documents/d/portal-conhecimento/008-revistadireito2024-03-giovannimatteucci>

lamentele, per la scarsa efficienza della giustizia, non mancavano di certo!).

Quindi l'introduzione normativa dell'obbligatorietà fu l'ultimo, unico mezzo affinché avvocatura e magistratura iniziassero ad usare lo strumento.

Ma cominciarono a “piovere” i ricorsi in Corte Costituzionale:

1 Giudice di pace di Parma con ordinanza del 1° agosto 2011

2 Tribunale amministrativo regionale per il Lazio con ordinanza del 12 aprile 2011

3 Giudice di pace di Catanzaro con ordinanza del 1° settembre 2011

4 Giudice di pace di Catanzaro con ordinanza del 3 novembre 2011

5 Giudice di pace di Recco con ordinanza del 5 dicembre 2011

6 Giudice di pace di Salerno con ordinanza del 19 novembre 2011

7 Tribunale di Torino con ordinanza del 24 gennaio 2012

8 Tribunale di Genova con ordinanza del 18 novembre 2011.

E la Corte, con la sentenza 24

ottobre / 6 dicembre 2012, n. 272 dichiarò incostituzionale parte del D.lgs. 28/2010 per (fare attenzione) eccesso di delega rispetto alla L. 69/2009, non per intralcio all'accesso alla giustizia, garantito dall'art. 24 della Costituzione.⁴⁹⁶ Rimase in essere la mediazione volontaria, che crebbe, e quella disposta dai giudici. Aumentarono i ricorsi in tribunali, nelle materie dove prima era prevista la mediazione obbligatoria. Quindi, quest'ultima, era stata utile.

La mediazione obbligatoria fu reintrodotta l'anno successivo, con il D.L. 69/2013, detto “Del Fare”⁴⁹⁷. Con delle innovazioni, di non poco conto.

Per superare l'ostilità dell'avvocatura, fu introdotta l'assistenza legale obbligatoria alle parti (in pratica inutile, perché già in precedenza nella stragrande maggioranza delle procedure le parti si facevano accompagnare dal legale di fiducia) e gli avvocati divennero mediatori *ope legis*, con una formazione richiesta 15 ore (se 50 ore si erano rivelate inadeguate, figurarsi 15 !)⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶

<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2012&numero=272>

⁴⁹⁷ Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69, Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia. (13G00116), note: Entrata in vigore del provvedimento: 22/6/2013. (GU Serie Generale n. 144 del 21-06-2013 – Suppl. Ordinario n. 50) <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2013/06/21/13G00116/sg> -

L. 9 agosto 2013, n. 98, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia. (13G00140) note: Entrata in vigore del provvedimento: 21/08/2013. (GU Serie Generale n. 194 del 20-08-2013 – Suppl. Ordinario n. 63)

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2013/08/20/13G00140/sg>

⁴⁹⁸ Giovanni Matteucci, *Avvocati mediatori ope legis con il Decreto del Fare*, Altalex 04.07.2013 <https://www.altalex.com/documents/news/2013/07/04/avvocati-mediatori-ope-legis-con-il-decreto-del-fare>

Per quanto riguarda la procedura, inoltre, fu introdotto un primo incontro informativo, obbligatorio e gratuito (eccetto e.40 di spese vive), alla fine del quale le parti, consigliate dai loro avvocati, potevano decidere se INIZIARE la procedura, da quel momento volontaria, o abbandonarla. Procedura denominata OPT-OUT. L'accordo, firmato dalle parti e dai legali presenti, immediatamente esecutivo.

Ulteriore innovazione fu l'introduzione dell'art. 185-bis del codice di procedura civile, in base al quale i magistrati potevano (e possono) fare una proposta conciliativa; se non accettata, possono inviare le parti in mediazione (*arb-than-med*). In questo modo si rimarcava la tradizionale potestà decisionale del giudice, ampliandone il perimetro. I magistrati, sia pur lentamente, cominciarono ad usare lo strumento a loro disposizione, ponendo gli avvocati di

fronte alla scelta se ottemperare in maniera più o meno adeguata alla disposizione del giudice.

Con il D.M. 7.3.2016 fu costituita presso il Ministero della Giustizia la Commissione di studio Alpa, per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato.⁴⁹⁹ Il 18.1.2017 fu consegnata la relazione finale, che rimase chiusa in un cassetto (*"Il Ministero non rispose"*!), i cui contenuti, però, verranno quasi integralmente ripresi dalla Riforma Cartabia, 2022/2023.

Uno degli *handicap* principali della mediazione era costituito dalla scarsa presenza delle parti agli incontri, le quali si facevano rappresentare dai propri legali, depotenziando così -e di molto- l'efficacia della procedura. Da un punto di

Nicola Giudice, responsabile del Servizio di conciliazione della Camera di Commercio di Milano : *"una norma sorprendente, sia per gli avvocati non mediatori, che solo ora scoprono talenti che non pensavano di avere, sia per gli avvocati che in questi mesi hanno investito tanto in corsi e formazione e ottenere competenze che in realtà già possedevano. A conti fatti, la norma porterebbe ad avere in Italia circa 250.000 mediatori, probabilmente di più. Prendendosi per mano, formerebbero un'ininterrotta catena da Torino a Lione... che ci sia un doppio fine? Al di là della battute, mi pare una norma molto pericolosa, che vanifica i molti sforzi per alzare la qualità della mediazione in Italia. Todos caballeros?"*, in Decreto fare e mediazione: qualche commento dopo la pubblicazione, blogmediazione, 23.06.2013
<https://blogmediazione.com/2013/06/23/decret-o-fare-e-mediazione-qualche-commento-dopo-la-pubblicazione/>

⁴⁹⁹ Giovanni Matteucci, *Commissione Alpa e mediazione: "festina lente" o "adelante con juicio"?*, BlogMediazione, 7.02.2017 – *"Si è aperto un mondo di esperienze che, pur descritto anche a fini statistici dagli organismi che si occupano della cultura arbitrale e della mediazione ... , fino ad oggi non era stato percepito in tutta la sua estensione e complessità"* (pag. 16); Considerata l'alta professionalità dei componenti la commissione, si sarebbe potuto dire: *meglio tardi che mai!*"

Di particolare interesse l'audizione della Direzione Generale della Giustizia civile: *"Nel 2016 c'erano 1.050 organismi iscritti; tra il 2014 ed il 2016 "un quarto degli organismi è stato cancellato. ... il numero di organismi cancellati è stato superiore di quasi sette volte quello dei nuovi organismi iscritti. ... le ispezioni di controllo effettuate -pari a 125- hanno condotto alla cancellazione o la sospensione di quasi la metà degli organismi di mediazione"; in altre parole, la "sbornia" del periodo 2010 / 2011 ha lasciato l'amaro in bocca a molti"*.

vista formale, poi, dibattuto era il contenuto della procedura e chi dovesse certificarne l'autenticità della firma.

Il problema fu portato all'attenzione della Corte di Cassazione, la quale con la sentenza n. 8473 del 2019, dopo un elegante riassunto della normativa in materia, giunti al punto essenziale in oggetto, così si esprime:

“... la necessità della comparizione personale non comporta che si tratti di attività non delegabile. In mancanza di una previsione espressa in tal senso, e non avendo natura di atto strettamente personale, deve ritenersi che si tratti di attività delegabile ad altri. Non è previsto né escluso che la delega possa essere conferita al proprio difensore.... E il potere di sostituire a sé stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito con una procura speciale sostanziale.

Ne consegue che, sebbene la parte possa farsi sostituire dal difensore nel partecipare al procedimento di mediazione, in quanto ciò non è auspicato, ma non è neppure escluso dalla legge, non può conferire tale potere con la procura conferita al difensore e da questi autenticata, benché possa conferirgli con essa ogni più ampio potere processuale”.

Le perplessità ed il disorientamento furono considerevoli,⁵⁰⁰ anche perché la Corte d'Appello, precedentemente intervenuta, si era espressa per procura sostanziale notarile.

Ma la procura notarile è superflua, a meno che il negozio oggetto dell'eventuale accordo in mediazione e ad esso successivo non richieda l'intervento di pubblico ufficiale. Infatti l'accordo eventualmente raggiunto in mediazione è un contratto, per cui se un soggetto delega altra persona a rappresentarla per la stipula di un contratto, “la procura non ha effetto se non è conferita nelle forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere” (art. 1392 c. c.). Inoltre l'art. 1350 c. c. dispone che “devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, sotto pena di nullità, i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili” o che hanno per oggetto diritti immobiliari.

Dal 2019, quindi, l'argomento più dibattuto tra gli addetti italiani alla mediazione non è stato come migliorare l'efficacia della procedura in generale, bensì “la procura” della parte, che non si presenta, al suo legale. Più

⁵⁰⁰ Paola Lucarelli, *La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di urobora Judicium*, 01.04.2019 <https://www.judicium.it/la-sentenza-della-corte-cassazione-84732019-un-raro-esempio-urobo-ro/?fbclid=IwAR0a2BioN8TTflqvULm-1nC3BrxZMKyUkhWpSsEJxx8vzFlx2plcqAYbg-8>

Marco Marinaro, “*Mediazione: scontro sulla partecipazione personale delle parti*” https://iusletter.com/oggi-sulla-stampa/mediazione-scontro-sulla-partecipazione-persona-le-delle-parti/?fbclid=IwAR3R5WwaBqjWwclPE_g4zVAVI_fuWfw1N-MrSZ8bxynebXT-DlWhFept21KY

precisamente: “*Procura si, procura no, procura come, procura forse*”.⁵⁰¹

I risultati quantitativi erano inferiori alle attese, poco diffusa la conoscenza dell’istituto, mancanza di formazione a livello universitario e la qualità dell’offerta non sempre adeguata.

Dal punto di vista statistico, nel periodo 2011/2022 si erano registrati:

- riduzione (-5% annuo) delle procedure attivate presso i tribunali civili, causa la crisi economica e la pandemia da Covid;
- un forte aumento (+14% annuo) delle procedure di mediazione civile e commerciale;
- un forte aumento (+12% annuo) degli accordi raggiunti in mediazione.

E, secondo l’Unione Europea, nel 2016 l’Italia usava la mediazione ad un tasso sei volte maggiore del resto d’Europa.⁵⁰²

Ma nel 2022:

- il tasso di successo (accordi / mediazioni attivate) era stato del 15%;
- il rapporto accordi / nuove procedure giudiziali 0,9%.

Troppo poco. Da ricordare, comunque, che le materie oggetto di mediazione obbligatoria nel periodo

2011/2022 ammontavano a solo l’8,5% delle controversie oggetto dei giudizi civili.

Inoltre, nelle procedure di mediazione dove tutte le parti si erano presentate ed avevano deciso di andare oltre il primo incontro, il tasso di successo era stato del 47%.⁵⁰³

3 . RIFORMA CARTABIA - 2021/2023

Il governo Draghi rimase in carica dal 13.02.2021 fino al 22.10.2022. Ministro della Giustizia fu nominata una giurista di notevole competenza, la Prof.a Marta Cartabia, che affrontò in maniera radicale la riforma del processo civile e delle ADR.

Il 12 marzo 2021 fu nominata la Commissione Luiso.⁵⁰⁴ Relazione finale (“il processo sarà civile”) depositata il 23.04.2021.⁵⁰⁵ Subito dopo iniziò la Riforma Cartabia del processo civile e delle ADR (mediazione civile, penale e familiare, negoziazione assistita e arbitrato), concretizzatasi tra il 2022 ed il 2023, con i seguenti atti normativi:

- Legge 26.11.2021, n. 206 (delega)⁵⁰⁶,

⁵⁰¹ Giovanni Matteucci, cit, nota 2, pag. 179 e seguenti.

⁵⁰² EU Parliament, Resolution P8_TA (2017)032, *Implementation of the Mediation Directive*, 12.9.2017 (2018/C 337/01) A
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0321&rid=4>

⁵⁰³ Per i dati statistici completi, Matteucci G., cit. nota 2, pagg. 223 / 232.

⁵⁰⁴ Giovanni Matteucci, “*Commissione Luiso: nuove prospettive per le ADR in Italia ?*” *ADRItalia* 31.5.2021

<http://www.primicerieditore.it/prodotto/adr-italia-numero-22021-versione-pdf/>

Ministero della giustizia

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_36_0.page?facetNode_1=0_10&contentId=COS334499&previousPage=mg_1_36

⁵⁰⁵ Ministero della giustizia

https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUISO_relazione_finale_24mag21.pdf

⁵⁰⁶ Legge 26.11.2021, n. 206 (delega) - Delega al Governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e

- D.Lgs. 10.10.2022, n. 149 (attuazione) ⁵⁰⁷,
- D.M. 09.06.2023 (giustizia riparativa) ⁵⁰⁸
- D.M. 01.08.2023 (23A04556) (gratuito patrocinio) ⁵⁰⁹,
- D.M. 01.08.2023 (23A04557) (incentivi fiscali) ⁵¹⁰

misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata. - G.U. 09.12.2021, n.292

<https://www.gazzettaufficiale.it/showNewsDetail?id=4329&backTo=archivio&anno=2021&provenienza=archivio>

⁵⁰⁷ Decreto legislativo 10.10.2022, n. 149 - Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata. (22G00158)

Entrata in vigore del provvedimento: 18/10/2022 - G.U. 17.10.2022, n. 243, S.O. n.38

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/10/17/22G00158/sg>

⁵⁰⁸ D.M. 9 giugno 2023 - giustizia riparativa.

Istituzione presso il Ministero della giustizia dell'elenco dei mediatori esperti in giustizia riparativa. Disciplina dei requisiti per l'iscrizione e la cancellazione dall'elenco, del contributo per l'iscrizione allo stesso, delle cause di incompatibilità, dell'attribuzione della qualificazione di formatore, delle modalità di revisione e vigilanza sull'elenco, ed infine della data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione costituisce requisito obbligatorio per l'esercizio dell'attività. (23A03848) - G.U. 15.07.2023, S.G. n. 155.

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/07/05/23A03848/sg>

⁵⁰⁹ D.M. 01.08.2023 (23A04556) – Gratuito patrocinio

- D.M.04.10.2023, n.150 - Regolamento registro organismi mediazione ed enti formazione, indennità spettanti agli organismi, organismi ADR controversie nazionali e transfrontaliere e Codice consumo. Abolizione del D.M. 180/2020 ⁵¹¹

Determinazione, liquidazione e pagamento, anche mediante riconoscimento di credito di imposta, dell'onorario spettante all'avvocato della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato nei casi previsti dagli articoli 5, comma 1, e 5-quater, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 e dall'articolo 3 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162. (23A04556) - (GU Serie Generale n.183 del 07-08-2023)

https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-08-07&atto.codiceRedazionale=23A04556&elenco30giorni=false

⁵¹⁰ D.M. 01.08.2023 (23A04557) – Incentivi fiscali Incentivi fiscali nella forma del credito di imposta nei procedimenti di mediazione civile e commerciale e negoziazione assistita. (23A04557) - (GU Serie Generale n.183 del 07-08-2023)

https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-08-07&atto.codiceRedazionale=23A04557&elenco30giorni=false

⁵¹¹ D.M.04.10.2023, n.150, *Regolamento registro organismi mediazione ed enti formazione, indennità spettanti agli organismi, organismi ADR controversie nazionali e transfrontaliere e Codice consumo*

Entrata in vigore del provvedimento: 15/11/2023 - (GU Serie Generale n.255 del 31-10-2023)

https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-10-31&atto.codiceRedazionale=23G00163&elenco30giorni=true

- D.M. 07.10.2023, 151 (disciplina del Mediatore familiare). ⁵¹²

Per quanto riguarda la mediazione, le principali innovazioni furono:

A - aumento del numero delle materie oggetto di mediazione obbligatoria ⁵¹³

B - maggiore efficacia della procedura, tramite conseguenze procedurali penalizzanti ed incentivi fiscali;

C - aumento delle commissioni da pagare agli organismi di mediazione;

D - maggior coinvolgimento della magistratura;

E - coinvolgimento della pubblica amministrazione;

F - requisiti di qualità più stringenti per gli organismi di mediazione, mediatori e formatori, sanzioni;

G - regolamentazione del ricorso al Consulente Tecnico in Mediazione;

H - mediazione telematica

I - opposizione a decreto ingiuntivo;

L - aumento della durata della formazione (da 50 ad 80 ore)

A mio giudizio le innovazioni di maggior rilievo penso siano quelle

rubricate B, D ed L. ⁵¹⁴ Mancano ancora corsi universitari curriculari sulle ADR.

Il 30.06.2023 entrò definitivamente in vigore la Riforma Cartabia complessiva sulla mediazione. Dal 15.11.2023 sono state applicate le nuove indennità spettanti a organismi di mediazione e mediatori.

Quindi, per quanto riguarda al mediazione civile obbligatoria, in Italia, si possono distinguere le seguenti fasi:

A) Marzo 2011 – Ottobre 2012

- mediazione civile, condizione obbligatoria di procedibilità
- no assistenza legale obbligatoria
- accordo esecutivo dietro omologa del magistrato
- commissioni da pagare all'inizio della procedura.

B) Ottobre 2012 - Settembre 2013

- mediazione civile volontaria
- no assistenza legale obbligatoria
- accordo esecutivo dietro omologa del magistrato
- commissioni da pagare all'inizio della procedura.

C) Settembre 2013 – 30 Giugno 2023

- mediazione civile, condizione obbligatoria di procedibilità
- assistenza legale obbligatoria

⁵¹² D.M. 07.10.2023, 151- Disciplina del Mediatore familiare-Gazzetta Ufficiale, 31.10.2023, n. 255

https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-10-31&atto.codiceRedazionale=23G00162&elenco30giorni=false

⁵¹³ Erano già obbligatorie le seguenti materie: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno

derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. (8,5% delle controversie oggetto di giudizi civili)

Furono aggiunte: contratti di associazione in partecipazione, consorzio, franchising, contratto di opera, contratto di rete, contratti di somministrazione, società di persone, subfornitura. (con la Riforma Cartabia la percentuale complessiva è salita al 20/25%).

⁵¹⁴ L'analisi dettagliata di tutte le innovazioni in Matteucci G., cit. nota 2, pag. 133/157.

- primo incontro informativo senza spese, procedura OPT-OUT (abolita da DLgs 149/2022)

- accordo, firmato dalle parti e dai legali, immediatamente esecutivo.

D) 30.06.2023 entrata in vigore la Riforma Cartabia, complessiva, sulla mediazione:

- mediazione civile, condizione obbligatoria di procedibilità

- assistenza legale obbligatoria

- inizia la procedura e si entra subito in mediazione

- accordo, firmato dalle parti e dai legali, immediatamente esecutivo.

Dal 15.11.2023 sono state applicate le nuove indennità spettanti a organismi di mediazione e mediatori.

Dal 2011 al 2023 le controversie oggetto di mediazione volontaria ammontavano all'8,5% dei giudizi presso i tribunali civili. Questi giudizi aumentarono del 9% durante il periodo B (mediazione volontaria), diminuirono del 15% durante il periodo C (mediazione obbligatoria).

4. L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE APPLICATA ALLA MEDIAZIONE *JUSSU JUDICIS* – 2014

Come già accennato, nel 2010/2011 la magistratura accolse con formale *benign neglect* l'introduzione della mediazione civile condizione obbligatoria di procedibilità nell'ordinamento giuridico italiano. Alcuni, pochi, giudici però fin dall'inizio si

resero conto delle potenzialità dell'istituto e questa consapevolezza si è poi estesa a molti altri magistrati. Un particolare ha contraddistinto l'attenzione della magistratura italiana alla mediazione, la *predittività* di quest'ultima. Individuare cioè la tipologia di controversie che, con maggiori probabilità, potevano esser trattate e risolte in mediazione.

In due diversi tribunali italiani sono stati sviluppati metodi per prevedere l'esito di una controversia, in modo che sia possibile comprendere in anticipo quali cause, già avviate, possano essere risolte mediante un invito/ingiunzione del giudice alle parti di adire la mediazione e poi ritornare in giudizio (per poi applicare tali tecniche anche alle controversie extragiudiziali):
515

-. Tribunale di Modugno, sezione separata del Tribunale di Bari, nel 2011 il Giudice Mirella Delia avviò il progetto di "**conciliazione integrata**". Sono stati sviluppati dei *box-cases*, che aiutino a prevedere le possibili soluzioni, i tempi e i probabili rischi delle decisioni. In altre parole, la prevedibilità di una soluzione conciliativa in quel conflitto. Il data-base è cresciuto notevolmente ed è stato condiviso da altri tribunali e università ed il progetto è stato inserito tra le "Best Practices", numero 2526, scelte dal Consiglio Superiore della Magistratura.

-. Tribunale di Firenze (Giudice Luciana Breggia) e Università (Prof.a Lucarelli) hanno lavorato sulla "**giustizia semplice**", dando vita nel 2009, insieme all'Osservatorio sulla giustizia civile (associazione composta da magistrati,

⁵¹⁵ Giovanni Matteucci, *Mediazione e intelligenza artificiale in Italia*, 2024, Altalex 18.09.2024

<https://www.altalex.com/documents/news/2024/09/18/mediazione-intelligenza-artificiale-italia-2024>

avvocati e cancellieri), all'Ordine degli avvocati e alla Camera di commercio, al Progetto Nausicaa. E' stato poi coinvolto il Dpt. di Ingegneria, per implementare un algoritmo predittivo della "mediabilità" di un procedimento giudiziario e della sua probabilità di esito. L'11.03.2024 è stato pubblicato il documento *Explainable Artificial Intelligence for Agile Mediation Propensity Assessment*, l'intelligenza artificiale applicata alla mediazione *jussu judicis*.

La giustizia italiana ha recentemente aggiunto meccanismi per sfruttare il processo di mediazione. Uno degli aspetti più critici è l'identificazione affidabile delle controversie che possono essere mediate con successo al di fuori delle procedure giudiziarie. La decisione è sotto la responsabilità di un giudice/corte che deve leggere centinaia di pagine e diversi documenti, per poter prendere una decisione sulla base di poche dichiarazioni. Il presente lavoro descrive una soluzione di intelligenza artificiale e uno strumento per fornire un sistema di supporto alle decisioni che possa elaborare i documenti ed essere in grado di: (i) produrre suggerimenti affidabili, (ii) produrre motivazioni circostanziate, evidenziando così le dichiarazioni che potrebbero supportare il suggerimento

*identificato, concentrando il lavoro di qualsiasi giudice/corte su dichiarazioni e documenti reali con fatti rilevanti, e (iii) fornire uno strumento basato sul web che produca suggerimenti e motivazioni su richiesta al servizio del tribunale e dei giudici coinvolti, nel rispetto della privacy e della sicurezza dei dati. A tal fine, sono state utilizzate le tecnologie AI ed eXplainable AI ed è stata ottenuta una soluzione che soddisfa gli obiettivi sopra citati e molti altri requisiti. Tale soluzione è stata sviluppata nell'ambito del progetto di ricerca "Giustizia Agile", finanziato dal PON Governance e Capacità Istituzionale, e convalidata su casi reali. La soluzione ha sfruttato il framework Snap4City per la gestione dei dati e dell'AI/XAI".*⁵¹⁶

Questo strumento non solo facilita la valutazione dei progetti di mediazione con un'accuratezza del **97%** a livello di sentenza, ma, cosa ancora più significativa, grazie all'uso dell'XAI, chiarisce clausole e paragrafi specifici all'interno dei documenti, che potrebbero influire sulla mediazione

E sono state quantificate anche le conseguenze sociali ed economiche della realizzazione del progetto "giustizia semplice":

⁵¹⁶ Enrico Collini, Paolo Nesi, (Member, IEEE), Claudia Raffaelli, e Francesco Scandiffo, *Explainable Artificial Intelligence for Agile Mediation Propensity Assessment*, Distributed Systems and Internet Technology Laboratory

(DISIT), University of Florence, 50139 Florence, Italy Corresponding author: Paolo Nesi) (paolo.nesi@unifi.it) **IEEE** 11.03.2024 <https://ieeexplore.ieee.org/document/10464317>

A - Impacto sociale del progetto, misurato sulla crescente fiducia di cittadini, imprese e professionisti

adesione delle parti all'ordine di rinvio in mediazione disposto dal giudice: rapporto tra il numero di mediazioni effettivamente svolte dalle parti e il numero totale di ordini di rinvio ordinati dai giudici

Anno 2015: 56%.

Anno 2019: 73%.

Aumento delle mediazioni effettive: + 30%

B - impatto economico: efficienza del sistema giudiziario, durata media dei processi

Anno 2017: durata media 480 gg.

Anno 2019: durata media 297 giorni.

Diminuzione della durata media dei processi: - 38%.

C - Deflazione del carico giudiziario, rapporto tra ordini di invio alla mediazione e processi estinti.

Anno 2015: 27%.

Anno 2019: 42%.

Aumento dell'estinzione dei processi: + 55%

D - Impacto culturale, sviluppo di una cultura della mediazione dei conflitti

e di nuove conoscenze da parte di giudici, cittadini e parti in causa.

a - sviluppo della cultura della conciliazione giudiziale.

Anno 2017: 525 ordini di rinvio ricevuti dall'organismo più rappresentativo.

Anno 2019: 1.126 ordini di rinvio ricevuti dall'organismo più rappresentativo.

Aumento degli ordini di rinvio per la mediazione: + 114%.

b - scelta volontaria della mediazione da parte di cittadini, imprese e avvocati che

presuppone competenza e conoscenza dello strumento.

Anno 2015: 231 mediazioni volontarie

Anno 2019: 505 mediazioni volontarie

Aumento delle mediazioni volontarie: + 118%.

5. IL “CORRETTIVO” – 25.10.2025

Nella G.U. del 10.01.2025 è stato pubblicato il D.Lgs. 27.12.2024, n. 216, (da tempo atteso e) denominato “Correttivo”.⁵¹⁷ Esso infatti introduce modifiche al D.Lgs. 10.10.2022, n. 149

⁵¹⁷ DECRETO LEGISLATIVO 27 dicembre 2024, n. 216, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, in materia di mediazione civile e commerciale e negoziazione assistita. (25G00003) (GU Serie Generale n.7 del 10-01-2025) - note: Entrata in vigore del provvedimento: 25/01/2025 <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2024-12-27;216!vig=>

Il testo del “Correttivo” è riportato in <https://www.linkedin.com/pulse/mediazione-civile-e-commerciale-dlgs-27122024-n-216-matteucci-fxmkf/?trackingId=FDWamWLBQ7K73qrbWKTtHg%3D%3D> e https://www.academia.edu/127068117/Mediazione-obbligatoria-in-Italia-D-Lgs-216-27-12-2024-Correttivo_

(Riforma Cartabia), che apportava cambiamenti ad uno degli atti base della normativa italiana sulla mediazione, il D.Lgs. 28/2010, già oggetto di numerosi interventi nel corso degli anni.⁵¹⁸

I numeri, relativi ad articoli di legge e commi, indicati nel presente articolo, si riferiscono agli articoli non del “correttivo” ma del D.Lgs. 28/2010 modificati dal “Correttivo”.⁵¹⁹

Nel “Correttivo” ci sono novità di non poco conto. Una sola perplessità.

Un’innovazione, che potrebbe sembrare lessicale, ma che invece incide sulla sostanza della procedura e su alcune conseguenze di rilievo, è la specifica: “*Il verbale al quale è allegato l’accordo di mediazione*”.

Il D.Lgs. 28 (con tutte le modifiche incorse negli anni) all’art. 5-ter recitava: “*Il verbale contenente l’accordo di conciliazione*” (e, su questo particolare, già l’originario decreto 28/2010 faceva un *pot-pourri* consistente). Questo inciso è stato sostituito da “*Il verbale al*

quale è allegato l’accordo di conciliazione”. In questo modo si rispetta l’essenza della procedura della mediazione: l’accordo è delle parti, ed il relativo documento è firmato solo da queste e dagli eventuali avvocati, che le assistono; il verbale, che documenta l’esito della procedura (accordo / mancato accordo) è firmato dalle parti, dagli avvocati e dal mediatore, il quale non è responsabile del contenuto dell’accordo.⁵²⁰

E non si tratta solo di teoria. Il D.Lgs.28/2010, articolo 17, al comma 2 recitava “*Il verbale contenente l’accordo di conciliazione è esente dall’imposta di registro entro il limite di valore di centomila euro, altrimenti l’imposta è dovuta per la parte eccedente*”. Più volte l’Agenzia delle Entrate, in presenza di accordi in mediazione, soprattutto quelli aventi ad oggetto usucapione, privi del verbale, aveva contestato l’applicazione della facilitazione fiscale.⁵²¹

⁵¹⁸ In Giovanni Matteucci, cit. nota 2, pag. 271 e seguenti.

⁵¹⁹ Il testo del D.Lgs. 28/2010, con le correzioni apportate dal “Correttivo”, è riportato in <https://www.linkedin.com/pulse/decreto-legislativo-28-del-43-2010-con-le-modifiche-dal-matteucci-0mivf/?trackingId=KCB7coOBRzGLO1DdwfP%2FyQ%3D%3D> e https://www.academia.edu/127067057/Mediazione_obbligatoria_in_Italia_D_Lgs_28_del_4_3_2010_CON_LE_MODIFICHE_APPORTATE_dal_D_Lgs_27_12_2024_n_216_Correttivo_

⁵²⁰ Matteucci G. - “La ‘vulgata’ ha sempre sottolineato che, siccome l’accordo è delle parti, il mediatore non ha responsabilità alcuna sul suo contenuto. Una recente sentenza mi sembra che incrinì un po’ questa certezza, in quanto ha sottolineato che il mediatore svolge funzioni di pubblico ufficiale,

“Tribunale di Forlì, sentenza n. 619 del 25.09.2023 – Est. Giudice Onorario Dott.ssa Maria De Ruggiero: Il verbale fa piena prova fino a querela di falso ed il mediatore assurge alla funzione di pubblico ufficiale verbalizzante per i fatti accaduti innanzi a sé e la verifica della documentazione ai suoi atti.

<https://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/Trib-Forli-619-2023.pdf>

“Dello stesso tenore, Trib. Cosenza, sent. n. 109/2024”.

Cit. nota 2, pagg. 54 e 194.

⁵²¹ Maria Teresa Battista e Giovanni Matteucci, *Usucapione e mediazione, normativa e particolarità operative*, in Vita Notarile n.1 gennaio-aprile 2024

https://www.academia.edu/120186001/Usucapione_e_mediazione_normativa_e_particolarita_operative_15_02_2024

Il “Correttivo” ha apportato anche la seguente modifica «*Il verbale e l'accordo di conciliazione sono esenti*», dall'imposta di registro fino al valore di euro 100.000,00. Quindi, non teoria, ma sostanza. Esi spera che non ci siano più problemi interpretativi al riguardo.

Altro correttivo di importanza non solo formale, ma sostanziale è l'art.8, c. 4-bis, relativo alla delega per la partecipazione all'incontro.

Come già analizzato nel §2, l'argomento più dibattuto tra gli addetti italiani alla mediazione a partire dal 2019 non è stato come migliorare l'efficacia della procedura in generale, bensì la procura conferita della parte, che non si presenta, al suo legale, che partecipa agli incontri (*“Procura sì, procura no, procura come, procura forse”*).

Molte volte agli incontri di mediazione si presentavano gli avvocati, da soli, esibendo una procura alle liti. All'obiezione che la validità di quel documento, a termine di codice di procedura civile, era limitata al processo, a dir poco si riscontrava uno sguardo di incredulità, se non di commiserazione. Poi si sono cominciate a vedere procure anodine, con la firma “autenticata” sempre dal legale; varie volte, almeno, con allegata copia del documento di riconoscimento della

parte, che aveva sottoscritto la procura.

Il problema fu portato all'attenzione della Corte di Cassazione, la quale si esprime con la sentenza 8473 del 2019⁵²² relativa alla necessaria presenza, o meno, delle parti in mediazione. Dopo un elegante riassunto della normativa in materia, giunti al punto essenziale in analisi, la Suprema Corte così si esprime:

“... sebbene la parte possa farsi sostituire dal difensore nel partecipare al procedimento di mediazione, in quanto ciò non è auspicato, ma non è neppure escluso dalla legge, non può conferire tale potere con la procura conferita al difensore e da questi autenticata, benché possa conferirgli con essa ogni più ampio potere processuale.

*“Per questo motivo, se sceglie di farsi sostituire dal difensore, la procura speciale rilasciata allo scopo non può essere autenticata dal difensore, perché il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore”.*⁵²³

⁵²² <https://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/Cass.-n.-8473-2019-Mediazione-Presenza-personale.pdf>

⁵²³ Interessante confrontare quanto sopra con la decisione della Corte di Cassazione di Torino dell'11.02.1870, un secolo e mezzo orsono. “Atteso che nel paragrafo 5 della notificazione governativa 2 marzo 1824 è detto: “l'esperimento di conciliazione si farà sempre nell'ufficio di

pretura e nella giornata destinata; ciascuna delle parti dovrà comparire, di regola, in persona e solamente in caso di impedimento mediante procuratore munito di legale mandato contenente anche la facoltà di transigere. Questo procuratore dovrà essere un individuo della famiglia, un di lei dipendente, od anche un'altra persona proba; non sarà permesso in niun caso e sotto verun pretesto l'intervento di

Lo sconcerto fu notevole, anche perché la Corte d'Appello, precedentemente intervenuta, si era espressa per procura sostanziale notarile. E la dissertazione imperante relativa alla procedura di mediazione, per anni, è stata *“Procura si, procura no, procura come, procura forse”*, del tutto obnubilando l'analisi sull'essenza della procedura e sui suoi molteplici utilizzi.

524

Il “Correttivo” interviene sull'argomento, specificando:

Art.8,c. “4-bis. La delega per la partecipazione all'incontro ai sensi del comma 4 è conferita con atto sottoscritto con firma non autenticata e contiene gli estremi del documento di identità del delegante. Nei casi di cui all'articolo 11, comma 7, il delegante può conferire la delega con firma autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. Il delegato a partecipare all'incontro di mediazione cura la presentazione e la consegna della delega conferita in conformità al presente comma, unitamente a

copia non autenticata del proprio documento di identità, per la loro acquisizione agli atti della procedura.”

Quindi, è sufficiente una procura speciale sostanziale con indicati gli estremi del documento di identità del delegante e, aggiungerei io, allegata copia di tale documento. La copia del documento di identità del delegato era già acquisita per prassi.

Tenendo ben presente che il D.Lgs. 149 del 2022 (Riforma Cartabia), all'art. 8, c.4 (non oggetto di cambiamenti) prescrive *“Le parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione. In presenza di giustificati motivi, possono delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia”*.⁵²⁵

Puntualizzazione anche in relazione alla durata della procedura, inizialmente di sei mesi, (prorogabili), poi di tre (prorogabili), ora di nuovo sei, prorogabili per periodi di volta in volta non superiori a tre mesi. Con un particolare: *“La proroga ai sensi dei commi 1 e 2 risulta da accordo scritto*

avvocato, meno poi di alcun faccendiere”. Atteso che il tenore di questa disposizione facilmente persuade che intendimento del legislatore si fu di vietare che in questi preliminari esperimenti di conciliazione le parti si facessero assistere da patrocinatori, e peggio da faccendieri, onde col solo intervento di esse, rei veritate inspecta, riuscisse più facile ed efficace l'opera del pretore di comporre amichevolmente le insorte differenze e contese; Che questo concetto è viemmeglio dimostrato dal proemio della notificazione istessa, laddove è dichiarato il cui scopo e la considerazione onde mosse il Governo, «avendo cioè (ivi è detto) l'esperienza

dimostrato che le parti vengono spesse volte involuppate, con grave loro dispendio e perdita di tempo, in litigi sopra controversie, le quali per la minore loro entità e per la loro natura avrebbero potuto essere definite amichevolmente coll'intervento di persona intelligente e disinteressata».

A distanza di un secolo e mezzo l'impostazione giurisprudenziale circa la partecipazione personale o meno delle parti alla mediazione è divenuta totalmente opposta.

⁵²⁴ Matteucci G., cit. nota 2, pag. 177.

⁵²⁵ Matteucci G., cit. nota 2, pag. 252.

delle parti allegato al verbale di mediazione o risultante da esso”. Dopo l’entrata in vigore della Riforma Cartabia, anche autorevoli esperti facevano presente che d’ora in poi ci sarebbero stati due soli verbali, quello di inizio procedura e quello di fine. Per eventuali incontri intermedi, conclusi con un accordo di rinvio, si poteva sopperire con mail (meglio se di posta elettronica certificata) tra mediatore ed avvocati presenti in mediazione. Personalmente, considerati gli imprevisti non rari, suggerivo di redigere il verbale ad ogni conclusione di incontro. Oggi la normativa lo prescrive, con la proroga del rinvio ad esso allegata.

In caso di demandata dal giudice, la mediazione ha una durata di sei mesi, prorogabili di ulteriori tre mesi una sola volta.

Il termine di durata del procedimento non è soggetto a sospensione feriale.

Per quanto riguarda le mediazioni demandate dal giudice, che hanno assunto sempre maggiore importanza ed efficacia, la normativa in vigore specificava: Art. 5-quater, c 1.

“Il giudice, anche in sede di giudizio di appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione, il comportamento delle parti e ogni

altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l’esperimento di un procedimento di mediazione”. Il “Correttivo” cassa Fino al momento della precisazione delle conclusioni e specifica fino al momento in cui fissa l’udienza di rimessione della causa in decisione.

Una precisazione particolarmente opportuna è nel art.11, comma 4bis, quest’ultimo di nuovo conio: 4-bis. *Quando la mediazione si conclude senza la conciliazione, la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza di cui all’articolo 8, comma 2, decorrente dal deposito del verbale conclusivo della mediazione presso la segreteria dell’organismo”* ⁵²⁶ Porre attenzione ai termini previsti per impugnare una delibera condominiale.

Un’apertura di non poco conto sta nell’art. 12, comma 1-bis - 1-bis. *Quando le parti aderenti alla mediazione non sono tutte assistite dagli avvocati, l’accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale del luogo dove ha sede l’organismo di mediazione avanti al quale l’accordo è stato raggiunto, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell’ordine pubblico.”* ⁵²⁷

⁵²⁶ Per comodità del lettore, Art.8,, c.2 (rimasto immutato): 2. *Dal momento in cui la comunicazione di cui al comma 1 perviene a conoscenza delle parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale e impedisce la decadenza per una sola volta. La parte può a tal*

fine comunicare all’altra parte la domanda di mediazione già presentata all’organismo di mediazione, fermo l’obbligo dell’organismo di procedere ai sensi del comma 1.

⁵²⁷ Rispetto all’estate 2013 (Decreto del Fare), quando l’avvocatura “chiese!” ed ottenne la presenza obbligatoria dei legali in tutte

Con l'ulteriore aggiunta del c.1-ter "1-ter. *Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, in conformità al comma 1-bis*".⁵²⁸

Nel "Correttivo" poi, sono presenti ulteriori dettagli alla già articolata normativa sul gratuito patrocinio e specifiche alla *never ending* normativa sugli organismi di mediazione e formazione.

Innovazioni, quindi, adeguate ed utili. Consistenti perplessità, invece, per una regola relativa all'ODR.

La mediazione online era già prevista dal D.Lgs. 28/2010, si era sviluppata molto nel periodo della pandemia Covid ed era cresciuta successivamente. Il D.Lgs. 149/2022 (Riforma Cartabia), art. 8bis, l'aveva regolata in maniera adeguata.⁵²⁹

Il problema stava nella disponibilità della firma digitale da parte di tutti i soggetti partecipanti alla mediazione, soprattutto le parti (nonostante che da alcuni anni ne disponga più del 50% della popolazione italiana). Se le parti non ne dispongono, era stata evidenziata la possibilità di mettere a disposizione una firma OTP

(*one-time password*) da parte dell'organismo, dietro rimborso del costo, peraltro modesto. Soluzione per nulla gradita.

Terminata la procedura, all'atto della sottoscrizione del verbale, la soluzione (provvisoria!), prevista dalla normativa per il solo periodo della pandemia Covid, utilizzata da molti avvocati ed accettata da molti organismi di mediazione, è stata quella di far apporre dal proprio cliente firma analogica e dichiararla autografa digitalmente da parte dell'avvocato stesso.

Molto forte è stata la richiesta che questa soluzione di firma "mista" da provvisoria divenisse stabile. Ed il "Correttivo" ha così statuito.

Art. 8-bis (Mediazione in modalità telematica).

1. *Quando la mediazione, con il consenso delle parti, si svolge in modalità telematica, gli atti del procedimento sono formati dal mediatore e sottoscritti in conformità al presente decreto nel rispetto delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.*

2. *A conclusione del procedimento il mediatore forma*

procedure di mediazione, condizione obbligatoria di procedibilità, ne è stata fatto di strada sulla via della accettazione della mediazione!

⁵²⁸ Chissà quando l'UE sottoscriverà la Singapore Convention on Mediation (2019) !

⁵²⁹ Mario Antonio Stoppa, *La rivoluzione della mediazione telematica in Italia*, Altalex 10.12.2022

<https://www.altalex.com/documents/news/2022/12/10/evoluzione-mediazione-telematica-in-italia>

Mario Antonio Stoppa, *La nuova mediazione telematica: firma elettronica dei verbali e prospettive future con l'intervento del notaio*, Altalex, 06.03.2023

<https://www.altalex.com/documents/news/2023/03/06/nuova-mediazione-telematica-firma-elettronica-verbali-intervento-notaio>

un documento informatico contenente il verbale e l'eventuale accordo per l'apposizione della firma da parte dei soggetti che vi sono tenuti. Il documento è immediatamente firmato e restituito al mediatore.

3. Il mediatore, ricevuto il documento di cui al comma 2, verificata l'apposizione, la validità e l'integrità delle firme, appone la propria firma e ne cura il deposito presso la segreteria dell'organismo, che lo invia alle parti e ai loro avvocati, se nominati.

4. La conservazione e l'esibizione dei documenti del procedimento di mediazione svolto con modalità telematiche avvengono, a cura dell'organismo di mediazione, in conformità all'articolo 43 del decreto legislativo n. 82 del 2005.

E fin qui, *nulla quaestio*". Perplessità, e non di poco conto, nel successivo art. 8-ter. Soprattutto in relazione al c.4

Art. 8-ter (Incontri di mediazione con modalità audiovisive da remoto).⁵³⁰

1. Ciascuna parte può sempre chiedere al responsabile dell'organismo di mediazione di partecipare agli incontri con collegamento audiovisivo da remoto.

2. I sistemi di collegamento audiovisivo utilizzati per gli incontri

di cui al comma 1 assicurano la contestuale, effettiva e reciproca udibilità e visibilità delle persone collegate.

3. Al di fuori dei casi disciplinati dall'articolo 8-bis, quando il mediatore è tenuto ad acquisire le firme dei partecipanti per gli atti formati durante un incontro al quale una o più parti partecipano con le modalità previste dal presente articolo, con il consenso di tutte le parti, le firme sono apposte nel rispetto delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82,⁵³¹ e nel rispetto dell'articolo 8-bis, commi 2 e 3, salvo quanto previsto dal comma 4.

4. Se non vi è il consenso previsto dal comma 3, le firme di tutti i partecipanti sono apposte in modalità analogica avanti al mediatore.

5. Le parti cooperano in buona fede e lealmente affinché gli atti formati durante un incontro al quale una o più parti partecipano con le modalità previste dal presente articolo siano firmati senza indugio.»

Il comma 4, quindi, prevede espressamente la possibilità apporre la firma in modalità analogica (firma "mista"), aggiungendo "*avanti al mediatore*", un particolare che, a mio parere, contraddice con tutto quanto

⁵³⁰ Non telematiche.

⁵³¹ <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-03-07;82>

prima stabilito. Se la parte, e l'avvocato che l'assiste, è collegata con il mediatore online (si presume, quindi, a distanza), come fa a firmare "avanti al mediatore"? Ed il fatto che il mediatore, tramite collegamento informatico, possa "vedere" la parte nel momento che appone la firma sul verbale, può essere considerato rispettoso del dettato della legge? E quali potrebbero essere le successive obiezioni da controparte, in caso venga utilizzata l'esecutività del verbale?

Si potrebbe suggerire: l'intelligenza artificiale risolverà tutto! Una boutade? Mica tanto.

*"L' eBram Centre (Electronic Business Related Arbitration and Mediation), con sede a Hong Kong, ha già pianificato nel 2019 lo sviluppo di una "piattaforma, che fornirà anche speciali funzioni di intelligenza artificiale per facilitare le negoziazioni commerciali e la risoluzione delle controversie con la traduzione di testi, la traduzione in tempo reale di frasi in stile chat, la trascrizione di registrazioni di udienze online e l'autenticazione degli utenti per la sicurezza dell'accesso (come il riconoscimento facciale, il tracciamento della silhouette e l'identificazione a radiofrequenza)".*⁵³²

L'entrata in vigore della Riforma Cartabia, sia per la mediazione che per il

processo civile, ha comportato anche una rimodulazione dei rapporti tra loro.

533

CONCLUSIONI

La mediazione civile obbligatoria, introdotta nel 2010 nell'ordinamento giuridico italiano, comincia ad essere conosciuta ed applicata.

La Dr.a Maria Cassano, primo presidente della Corte di Cassazione, il 25.01.2024 ha affermato

*-"Con specifico riferimento alla mediazione meritano segnalazione gli interessanti risultati desumibili dai dati ministeriali. ... soprattutto nelle cause in tema di successione, divisione ereditaria, diritti reali, condominio, assicurazione, responsabilità extra-contrattuale. Come osservato dalla dottrina, il valore della mediazione non risiede soltanto nella sua capacità deflattiva, quanto piuttosto nella sua idoneità a realizzare la coesione sociale, a porre al centro la persona, prima ancora che la 'parte', a restituire agli individui l'opportunità di comprendere le ragioni del conflitto e di acquisirne la consapevolezza, a promuovere l'ascolto empatico dell'altro, a gestire relazioni efficaci attraverso il confronto".*⁵³⁴

⁵³² Giovanni Matteucci, cit. nota 42

⁵³³ Giovanni Matteucci, *Civil Process and Mediation in Italy, 2024. Ius dicere et litem componere, Italiae usus* Beijing Law Review, 2024, 15, 1347-1366 - Published: September 23, 2024

<https://doi.org/10.4236/blr.2024.153080>

⁵³⁴ Maria Cassano, Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2023, 25.01.2024, pag. 236. https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/Relazione_Cassazione_2024.pdf

Il “Correttivo”, ha apportato innovazioni utili, con un ritorno al passato (ante 2013), che rendono più fluida la procedura. Ma permangono perplessità sulla normativa relativa alla mediazione a distanza, non telematica.

Inoltre, nel 2012 la durata media delle procedure, con accordo raggiunto, era di 65 giorni, nel 2022 di 186. Una procedura che dovrebbe essere snella e rapida sta durando sempre di più. Perché le controversie analizzate sono sempre più complesse o per una progressiva “lawyerization” della mediazione? Tendenza già da tempo in essere negli USA.⁵³⁵

Normativa relativa alla mediazione obbligatoria in Italia dal 2009 al 2024

⁵³⁵ Jacqueline M. Nolan-Haley, *Mediation: The 'New Arbitration'*, Harvard Negotiation Law Review, Forthcoming, Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 1713928, 2010. Available at SSRN

<https://ssrn.com/abstract=1713928>

Rick Weiler, Whiter (Wither), *Mediation*, Kluwermediationblog 06.04.2018 (Ontario)

<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2018/04/06/whither-wither-mediation/>

Paul Rajkowski, *The Death of Traditional Mediation - An Obituary*, 18.05.2020

<https://mediate.com/the-death-of-traditional-mediation-an-obituary/>

Mary Salisbury, *The Lawyerization of the Mediation Process*, in Mediate.com 03.10.2020

<https://www.mediate.com/the-lawyerization-of-the-mediation-process/>

Agne Tvaronaviciene, Indre Korsakoviene, Julia Radanova, *If Mediation Is Still a Paradox, Should We Bother Solving It?*, Mediate.com 11.12.2023

<https://mediate.com/if-mediation-is-still-a-paradox-should-we-bother-solving-it/>

Girolamo Monteleone, *La mediazione obbligatoria: conciliazione o giurisdizione*

1 - Legge Delega 69/2009⁵³⁶

2 - D.Lgs. 28/2010 (attuazione)⁵³⁷

surrogata? Brevi riflessioni critiche: “ripristinando in ogni Comune dello Stato gli uffici di conciliazione da affidare a magistrati onorari, Judicium 10.07.2023 - (domanda: E i costi, a carico della fiscalità generale ?!?)

<https://www.judicium.it/la-mediazione-obbligatoria-conciliazione-o-giurisdizione-surrogata-brevi-riflessioni-critiche/>

⁵³⁶ **Legge delega 18 giugno 2009, n. 69** -

Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile. (09G0069)

note: Entrata in vigore del provvedimento: 4/7/2009

(GU n.140 del 19-06-2009 - Suppl. Ordinario n. 95)

⁵³⁷ Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28 - Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. (10G0050)

Note: Entrata in vigore del provvedimento: 20/03/2010

(GU n.53 del 05-03-2010)

3 - Decreto 18 ottobre 2010, n. 180⁵³⁸

⁴ - D.L. 21.06.2013, n. 69 (“Del Fare”), Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia. (13G00116)⁵³⁹

5 - L. 09.08.2013, n. 98, *Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 21.06.2013, n. 69*⁵⁴⁰

recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia. (13G00140)

note: Entrata in vigore del provvedimento: 21/08/2013

⁵³⁸ D.M. 18 ottobre 2010, n. 180 - Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. (10G0203) (GU Serie Generale n.258 del 04-11-2010)

⁵³⁹ D.L. 21.06.2013, n. 69 (“Del Fare”), Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia. (13G00116)

note: Entrata in vigore del provvedimento: 22/6/2013.

(GU Serie Generale n.144 del 21-06-2013 - Suppl. Ordinario n. 50)

⁵⁴⁰ L. 09.08.2013, n. 98, *Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 21.06.2013, n. 69 recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia. (13G00140)*

note: Entrata in vigore del provvedimento: 21/08/2013

(GU Serie Generale n.194 del 20-08-2013 - Suppl. Ordinario n. 63)

⁵⁴¹ **Legge delega 26.11.2021, n. 206** - Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata. - G.U. 09.12.2021, n.292

<https://www.gazzettaufficiale.it/showNewsDetail?id=4329&backTo=archivio&anno=2021&provenienza=archivio>

⁵⁴² **Decreto legislativo 10.10.2022, n. 149** - Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina

(GU Serie Generale n.194 del 20-08-2013 - Suppl. Ordinario n. 63)

⁵⁴¹ **6** - Legge delega 26.11.2021, n. 206

7 - D.Lgs. 10.10.2022, n. 149 (attuazione)⁵⁴²

8 - D.M. 09.06.2023 (giustizia riparativa)⁵⁴³

9 - D.M. 01.08.2023 (23A04556) (gratuito patrocinio)⁵⁴⁴

degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata. (22G00158)

Entrata in vigore del provvedimento: 18/10/2022 - G.U. 17.10.2022, n. 243, S.O. n.38

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/10/17/22G00158/sg>

⁵⁴³ D.M. 09.06.2023- giustizia riparativa.

Istituzione presso il Ministero della giustizia dell'elenco dei mediatori esperti in giustizia riparativa. Disciplina dei requisiti per l'iscrizione e la cancellazione dall'elenco, del contributo per l'iscrizione allo stesso, delle cause di incompatibilità, dell'attribuzione della qualificazione di formatore, delle modalità di revisione e vigilanza sull'elenco, ed infine della data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione costituisce requisito obbligatorio per l'esercizio dell'attività. (23A03848) - G.U. 15.07.2023, S.G. n. 155.

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/07/05/23A03848/sg>

⁵⁴⁴ **D.M. 01.08.2023 (23A04556) – Gratuito patrocinio**

Determinazione, liquidazione e pagamento, anche mediante riconoscimento di credito di imposta, dell'onorario spettante all'avvocato della parte ammessa al gratuito patrocinio a spese dello Stato nei casi previsti dagli articoli 5, comma 1, e 5-quater, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 e dall'articolo 3 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162. (23A04556) - (GU Serie Generale n.183 del 07-08-2023)

https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPub

10 - D.M. 01.08.2023 (23A04557) (incentivi fiscali) ⁵⁴⁵

11 - D.M. 07.08.2023, n. 110 (definizione dei criteri di redazione atti giudiziari) ⁵⁴⁶

12 - 29.08.2023 Consiglio di Stato – Sezione Consultiva per gli Atti Normativi Adunanza di Sezione del 29.08.2023 - Numero 01200/2023 e data 14/09/2023 Spedizione

Schema di decreto del Ministero di Giustizia 150/2023 ⁵⁴⁷

13 - 14.09.2023 Consiglio di Stato – Sezione Consultiva per gli Atti Normativi Adunanza di Sezione del 29.08.2023 - Numero 01200/2023 e data 14/09/2023 Spedizione

Schema di decreto del Ministro di giustizia 150/2023 ⁵⁴⁸

14 - D.M.04.10.2023, n.150 (regolamento registro organismi di mediazione) ⁵⁴⁹

blicazioneGazzetta=2023-08-07&atto.codiceRedazionale=23A04556&elenco30giorni=false

⁵⁴⁵ **D.M. 01.08.2023 (23A04557) – Incentivi fiscali**

Incentivi fiscali nella forma del credito di imposta nei procedimenti di mediazione civile e commerciale e negoziazione assistita. (23A04557) - (GU Serie Generale n.183 del 07-08-2023)

https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-08-07&atto.codiceRedazionale=23A04557&elenco30giorni=false

⁵⁴⁶ **D.M. 07.08.2023, n. 110 (definizione dei criteri di redazione atti giudiziari)**

Regolamento per la definizione dei criteri di redazione, dei limiti e degli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo, ai sensi dell'articolo 46 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile. (23G00120)

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/08/11/23G00120/sg>

(GU Serie Generale n.187 del 11-08-2023)

note: Entrata in vigore del provvedimento: 26/08/2023

⁵⁴⁷ **29.08.2023 Consiglio di Stato – Sezione Consultiva per gli Atti Normativi - Schema di decreto del Ministero di Giustizia 150/2023**

Schema di decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle imprese e del made in Italy concernente “Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di

mediazione e dell'elenco degli enti di formazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 e l'istituzione dell'elenco degli organismi ADR deputati a gestire le controversie nazionali e transfrontaliere, nonché il procedimento per l'iscrizione degli organismi ADR ai sensi dell'articolo 141-decies del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 recante Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229”.

https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=consul&nrg=20230930&nomeFile=202301200_26.html&subDir=Provvedimenti

⁵⁴⁸ **14.09.2023 Consiglio di Stato – Sezione Consultiva per gli Atti Normativi - Schema di decreto del Ministero di Giustizia 150/2023**

https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=consul&nrg=20230930&nomeFile=202301200_26.html&subDir=Provvedimenti

⁵⁴⁹ **D.M.04.10.2023, n.150, Regolamento registro organismi mediazione ed enti formazione, indennità spettanti agli organismi, organismi ADR controversie nazionali e transfrontaliere e Codice consumo. Abolizione del D.M. 180/2020**

note: Entrata in vigore del provvedimento: 15/11/2023 - (GU Serie Generale n.255 del 31-10-2023)

https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-10-

15 - D.M. 07.10.2023, 151 (disciplina del Mediatore familiare).⁵⁵⁰

16 – D.Lgs. 27.12.2024, n.16 (Correttivo)⁵⁵¹

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2024-12-27;216!vig=>

Il testo del “Correttivo” è riportato in <https://www.linkedin.com/pulse/mediazione-civile-e-commerciale-dlgs-27122024-n-216-matteucci-fxmkl/?trackingId=FDWamWLBQ7K73qrbWKTtHg%3D%3D> e

https://www.academia.edu/127068117/Mediazione_obbligatoria_in_Italia_D_Lgs_216_27_12_2024_Correttivo_

Il testo del D.Lgs. 28/2010, con le correzioni apportate dal “Correttivo”, è riportato in <https://www.linkedin.com/pulse/decreto-legislativo-28-del-43-2010-con-le-modifiche-dal-matteucci-0mivf/?trackingId=KCB7coOBRzGLO1DdwfP%2FyQ%3D%3D> e

https://www.academia.edu/127067057/Mediazione_obbligatoria_in_Italia_D_Lgs_28_del_4_3_2010_CON_LE_MODIFICHE_APPORTATE_dal_D_Lgs_27_12_2024_n_216_Correttivo_

BIBLIOGRAFIA

Maria Teresa Battista e Giovanni Matteucci, *Usucapione e mediazione, normativa e particolarità operative*, Vita Notarile n.1 gennaio-aprile 2024 https://www.academia.edu/120186001/Usucapione_e_mediazione_normativa_e_particolarita_operative_15_02_2024
Pier Luigi Battista, *Il Paese dove tutto finisce in Tribunale*, Corriere della Sera 17.03.2019 https://www.corriere.it/cronache/17_marzo_29/paese-dove-tutto-finisce-

31&atto.codiceRedazionale=23G00163&elenco30giorni=true

⁵⁵⁰ **D.M. 07.10.2023, 151- Disciplina del Mediatore familiare** – G. U., 31.10.2023, n. 255

https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-10-31&atto.codiceRedazionale=23G00162&elenco30giorni=false

tribunale-935c7212-14c5-11e7-a7c3-077037ca4143.shtml

Maria Cristina Biolchini, *Resoconto del convegno: Il ruolo del giudice nella mediazione*, in MondoADR 17.6.2013 <http://www.mondoadr.it/cms/articoli/resoconto-del-convegno-il-ruolo-del-giudice-nella-mediazione.html>

Giuseppe Buffone, *La mediazione demandata o disposta dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano*, 2014

<http://www.ilcaso.it/articoli/404.pdf>

Piero Calamandrei, *Troppi avvocati*, 1921, ed. La Voce

Enrico Collini, Paolo Nesi, (Member, IEEE), Claudia Raffaelli, e Francesco Scandiffio, *Explainable Artificial Intelligence for Agile Mediation Propensity Assessment*, Distributed Systems and Internet Technology Laboratory (DISIT), University of Florence, 50139 Florence, Italy Corresponding author: Paolo Nesi) (paolo.nesi@unifi.it) **IEEE** 11.03.2024 <https://ieeexplore.ieee.org/document/10464317>

Maurizio De Tilla, presidente dell'OUA, Organismo Unitario dell'Avvocatura, di rappresentanza politica degli avvocati, “L'obbligatorietà e i costi alti”, In Quotidiano Sanità, 24.10.2012

⁵⁵¹ **DECRETO LEGISLATIVO 27 dicembre 2024**, n. 216, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, in materia di mediazione civile e commerciale e negoziazione assistita. (25G00003) (GU Serie Generale n.7 del 10-01-2025) - note: Entrata in vigore del provvedimento: 25/01/2025

https://www.quotidianosanita.it/cronache/articolo.php?approfondimento_id=2797

Giovanni Giolitti, *Propaganda, giornale socialista, Napoli, 5.11.1899, discorso 29.10.1899 agli elettori di Busca, 1899*

<https://www.mirkoriazzoli.it/discorso-di-dronero-di-giolitti/>

Nicola Giudice, *Decreto fare e mediazione: qualche commento dopo la pubblicazione*, blogmediazione, 23.06.2013

<https://blogmediazione.com/2013/06/23/decreto-fare-e-mediazione-qualche-commento-dopo-la-pubblicazione/>

Paul Godin, *“Italian Lawyers Strike Because of Mandatory Mediation*

ADRChambers (Canada), 19.04.2011

<http://www.adrchambers.com/blog/2011/04/19/italian-lawyers-strike-because-of-mandatory-mediation/>

Paola Lucarelli, *La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di urobora Judicium*, 01.04.2019

<https://www.judicium.it/la-sentenza-della-corte-cassazione-84732019-un-raro-esempio-urobo->

[ro/?fbclid=IwAR0a2BioN8TTflqvULm-1nC3BrxZMkYUkhWpSsEJxx8vzFlx2plcqAYbg-8](https://www.judicium.it/la-sentenza-della-corte-cassazione-84732019-un-raro-esempio-urobo-/?fbclid=IwAR0a2BioN8TTflqvULm-1nC3BrxZMkYUkhWpSsEJxx8vzFlx2plcqAYbg-8)

Patrizia Maciocchi, *“Autoselezione per la qualità dei mediatori”*, Il Sole 24 Ore, 21.03.2012; Norme e tributi, pag. 26.

Giovanni Matteucci, *La mediaconciliazione: una mimesi di legislazioni altrui o un recupero delle nostre tradizioni?*, 2010

Temi Romana (quadrimestrale dell’Ordine degli avvocati di Roma), 2010

Marco Marinaro, *“Mediazione: scontro sulla partecipazione personale delle parti”*

https://iusletter.com/oggi-sulla-stampa/mediazione-scontro-sulla-partecipazione-persona-le-delle-parti/?fbclid=IwAR3R5WwaBqjWwcLPE_g4zVAVI_fuWfw1N-MrSZ8bxynexXT-DlWhFept21KY

Giovanni Matteucci, *Mediazione avanti tutta, ma ...la formazione?*, Altalex 26.9.2012

<https://www.altalex.com/documents/news/2012/09/26/mediazione-avanti-tutta-ma-la-formazione>

Giovanni Matteucci, *Avvocati mediatori ope legis con il Decreto del Fare*, Altalex 04.07.2013

<https://www.altalex.com/documents/news/2013/07/04/avvocati-mediatori-ope-legis-con-il-decreto-del-fare>

Giovanni Matteucci, *Conciliazione endoprocessuale e mediazione delegata: per la magistratura italiana ‘figlie di un Dio minore’*, MondoADR 8.12.2014

<https://www.mondoadr.it/articoli/conciliazione-endoprocessuale-mediazione-delegata-la-magistratura-italiana-figlie-di-dio-minore.html>

Giovanni Matteucci, *Commissione Alpa e mediazione: “festina lente” o “adelante con juicio”?*, BlogMediazione, 7.02.2017

Giovanni Matteucci, *Mediation and Judiciary in Italy 2019*

Asia Pacific Mediation Journal, 2019 / 2, page 62

<http://mediate.or.kr/base/data/APMJ.php>

https://www.academia.edu/40638556/Mediation_and_judiciary_in_Italy_2019

Giovanni Matteucci, *Mediazione e giudici in Italia*

[https://portaltj.trj.jus.br/documents/d/portal-conhecimento/008-revistadireito2024-03-](https://portaltj.trj.jus.br/documents/d/portal-conhecimento/008-revistadireito2024-03-giovanнимatteucci)

[giovanнимatteucci](https://portaltj.trj.jus.br/documents/d/portal-conhecimento/008-revistadireito2024-03-giovanнимatteucci)

Giovanni Matteucci, “*Commissione Luiso: nuove prospettive per le ADR in Italia ?*” *ADRItalia* 31.5.2021

<http://www.primicerieditore.it/prodotto/adr-italia-numero-22021-versione-pdf/>

Giovanni Matteucci, “*Mediazione civile e commerciale in Italia dopo la Riforma Cartabia. Da Zaleuco di Locri Epizefiri (VIII sec. A.C.) all’intelligenza artificiale*”, Aracne editrice, 06.09.2024

<https://www.aracneeditrice.eu/it/pubblicazioni/mediazione-civile-e-commerciale-in-italia-dopo-la-riforma-cartabia-giovanni-matteucci-9791221814514.html>

Anteprima

<https://www.aracneeditrice.eu/antepri-me/9791221814514.pdf>

Giovanni Matteucci, *Mediazione e intelligenza artificiale in Italia, 2024*, Altalex, 18.09.2024

<https://www.altalex.com/documents/news/2024/09/18/mediazione-intelligenza-artificiale-italia-2024>

Giovanni Matteucci, *Civil Process and Mediation in Italy, 2024. Ius dicere et litem componere, Italiae usus*

Beijing Law Review, 2024, 15, 1347-1366 - Published: September 23, 2024

<https://doi.org/10.4236/blr.2024.153080>

Girolamo Monteleone, *La mediazione obbligatoria: conciliazione o giurisdizione surrogata? Brevi riflessioni critiche*: “*ripristinando in ogni Comune dello Stato gli uffici di conciliazione da affidare a magistrati onorari*”, *Judicium*

10.07.2023 - (domanda: E i costi, a carico della fiscalità generale ?!?!)

<https://www.judicium.it/la-mediazione-obbligatoria-conciliazione-o-giurisdizione-surrogata-brevi-riflessioni-critiche/>

Massimo Moriconi, *La mediazione, profili operativi e problematiche operative*, 25.11.2011

<http://www.adrmaremma.it/moriconi01.pdf>

Jacqueline M. Nolan-Haley, *Mediation: The 'New Arbitration'*, *Harvard Negotiation Law Review*, Forthcoming, *Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 1713928*, 2010. Available at SSRN

<https://ssrn.com/abstract=1713928>

Giuseppe Prezzolini, *Codice della Vita Italiana*, §18, 1921

<http://tuttosbagliatottutodarifare.blogspot.it/2011/10/codice-della-vita-italiana-giuseppe.html>

Paul Rajkowski, *The Death of Traditional Mediation - An Obituary*, 18.05.2020

<https://mediate.com/the-death-of-traditional-mediation-an-obituary/>

Mary Salisbury, *The Lawyerization of the Mediation Process*, in *Mediate.com* 03.10.2020

<https://www.mediate.com/the-lawyerization-of-the-mediation-process/>

Mario Antonio Stoppa, *La rivoluzione della mediazione telematica in Italia*, *Altalex* 10.12.2022

<https://www.altalex.com/documents/news/2022/12/10/evoluzione-mediazione-telematica-in-italia>

Mario Antonio Stoppa, *La nuova mediazione telematica: firma elettronica*

*dei verbali e prospettive future con
l'intervento del notaio*, Altalex,
06.03.2023

<https://www.altalex.com/documents/news/2023/03/06/nuova-mediazione-telematica-firma-elettronica-verbali-intervento-notaio>

Agne Tvaronaviciene, Indre Korsakoviene, Julia Radanova, *If Mediation Is Still a Paradox, Should We Bother Solving It?*, Mediate.com
11.12.2023

<https://mediate.com/if-mediation-is-still-a-paradox-should-we-bother-solving-it/>

Lorenzo Scamuzzi, *Digesto Italiano*, 1886, voce Conciliatore, pagina 39.

Rick Weiler, Whiter (Wither), *Mediation*, Kluwermediationblog 06.04.2018 (Ontario)

<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2018/04/06/whither-wither-mediation/>

O INSTITUTO DA ARBITRAGEM: A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO, OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS.⁵⁵²

THE INSTITUTE OF ARBITRATION: THE REASONABLE DURATION OF THE PROCESS, THE TRANSACTION COSTS AND ITS ECONOMIC CONSEQUENCES.

Hugo Garbe

Economista, Doutor em Administração de Empresas pela FGV EAESP (2023), Doutorando em Controladoria e Finanças pelo Mackenzie (Previsão 2023) Mestrando em Direito pela FGV (Previsão 2024) Mestre em Gestão e Políticas Públicas pela FGV EAESP (2022), Mestre em Economia e Mercados pelo Mackenzie (2018), Mestre em Administração de Empresas pelo Mackenzie (2015), MBA Executivo pela Manchester Business School, Especialista em Escolas Econômicas liberais pelo Mackenzie (2022) Graduando em Filosofia pelo Mackenzie (Previsão 2025) Bacharel em Contabilidade pelo Mackenzie (2008) e Bacharel em Economia pela PUC-SP (2002). Email: hugogarbe@yahoo.com.br. São Paulo - SP, Brasil.

Marcelo Sasso Gonzalez

Advogado; Consultor; Gestor Público; Mestre em Gestão Pública (FGV-SP); Especializando em Direito Contratual (ESA-OAB); Especializando em Teoria e Filosofia do Direito (PUC-MG); Especialista em Direito Público (PUC-RS); Especialista em Direito Imobiliário (Damásio); Especialista em Direito Processual Civil (Damásio); Especialista em Direito Constitucional (Damásio); Bacharel em Direito (UNIFIEO). e-mail: marcelo@coutoesasso.adv.br. São Paulo-SP, Brasil.

RESUMO: A demora da justiça é um problema que afeta muitos processos judiciais, podendo levar anos para que uma decisão seja tomada. A arbitragem surge como uma alternativa à justiça comum, oferecendo um método mais rápido e eficiente de resolução de conflitos. A arbitragem é realizada em câmaras de arbitragem, que são empresas privadas especializadas em solucionar conflitos. As decisões tomadas pelo árbitro têm a mesma força que uma sentença de juiz de direito. Embora a demora no julgamento arbitral

possa ocorrer, isso não justifica a interferência do judiciário, que não pode proferir decisão que esvazie o conteúdo da sentença arbitral. O presente trabalho busca analisar os institutos da arbitragem, o princípio da razoável duração do processo e os custos de transação a fim de entender a dinâmica entre estes conceitos dentro do ordenamento jurídico. Visa também compreender a responsabilidade do Estado na morosidade das demandas judiciais e como esse custo de transação pode ser mitigado através da

⁵⁵² Artigo recebido em 27/06/2023 e aprovado em 26/07/2023.

utilização em larga escala da arbitragem. Para consolidar os dados apresentados realizou-se uma revisão de literatura, consolidando e ressaltando a visão de autores renomados sobre o processo de arbitragem. Vale destacar que se utilizou principalmente de livros, artigos e dissertações publicados ao longo dos anos, fundamentando como o direito concede uma aplicação e atualização das rotinas de arbitragem ao longo do tempo, algo que se tornou fundamental para um rendimento positivo do instituto no âmbito jurídico nacional. Em suma, a razoável duração do processo é um princípio a ser buscado, mas que na prática atual não vem sendo alcançado, assim, a arbitragem pode ser a ferramenta auxiliar na busca das soluções de interesses dos envolvidos. Ao escolher a arbitragem como meio de resolução de conflitos, as partes podem reduzir o tempo das demandas e os custos de transação associados à negociação e execução, levando a transações mais eficientes e benéficas para todas as partes envolvidas, e indiretamente para sociedade, que sempre se beneficiará de trocas eficientes realizadas pelos agentes econômicos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual; direito constitucional; arbitragem; razoável duração do processo; custos de transação.

ABSTRACT: The delay of justice is a problem that affects many legal proceedings, often taking years for a decision to be made. Arbitration emerges as an alternative to regular

justice, offering a faster and more efficient method of conflict resolution. Arbitration is conducted in arbitration chambers, which are private companies specialized in resolving disputes. The decisions made by the arbitrator carry the same weight as a judge's ruling. Although delays in the arbitration process can occur, it does not justify judicial interference, as the judiciary cannot render a decision that undermines the content of the arbitral award. The present work seeks to analyze the institutes of arbitration, the principle of reasonable duration of the process and transaction costs in order to understand the dynamics between these concepts within the legal system. It also aims to understand the State's responsibility in the delay of lawsuits and how this transaction cost can be mitigated through the large-scale use of arbitration. To consolidate the data presented, a literature review was carried out, consolidating and highlighting the views of renowned authors on the arbitration process. It is worth mentioning that books, articles and dissertations published over the years were mainly used, basing on how the law grants an application and updating of arbitration routines over time, something that has become fundamental for a positive performance of institute in the national legal field. In short, the reasonable duration of the process is a principle to be pursued, but which in current practice has not been achieved, thus, arbitration can be an auxiliary tool in the search for solutions in the interests of those involved. By choosing arbitration as a means of conflict resolution, parties can reduce

the time of disputes and transaction costs associated with negotiation and enforcement, leading to more efficient and beneficial transactions for all parties involved, and indirectly for society, which will always benefit from efficient

INTRODUÇÃO

A arbitragem é uma instituição muito antiga. No passado, as pessoas buscavam soluções rápidas para seus conflitos para evitar perdas muitas vezes imensuráveis, buscando soluções equiparadas ao mecanismo arbitral. Assim, a arbitragem pode ser definida como um método de resolução de conflitos escolhido por uma ou mais pessoas por meio de uma convenção de arbitragem ou cláusula compromissória que estabelece as regras a serem seguidas e as partes aceitam a decisão a ser adotada.

A partir desse instituto, analisamos nosso sistema processual, que onera todas as partes envolvidas, sejam elas interessadas diretas ou o próprio Poder Judiciário, que não consegue dar conta da enorme quantidade de litígios que sobrecarregam todo o sistema. Esses fatores levam a um grande impacto na ordem social e econômica do país.

A avaliação do dano ou da ameaça jurídica pelo Poder Judiciário e a duração razoável do processo são direitos, ambos consagrados na Constituição Federal de 1988, que não podem ser limitados. Surge a situação

exchanges carried out by economic agents.

KEYWORDS: Procedural Law; Constitutional Right; Arbitration; Reasonable Duration of the Process; Transaction Costs.

da responsabilidade do Estado por omissão de cumprir esses dois direitos, em caso de dano. Assim, o instituto da arbitragem surge como uma alternativa para mitigar os custos de transação dados pela morosidade processual.

A metodologia utilizada neste trabalho foi a pesquisa e revisão bibliográfica, sendo o tema pesquisado em literatura nacional e estrangeira, principalmente em livros, artigos científicos e estudos quantitativos e qualitativos, além de documentos elaborados por órgãos da administração pública.

1. ARBITRAGEM

1.1 ASPECTOS GERAIS

A arbitragem não é uma inovação ou uma instituição nova criada pelo homem moderno, pelo contrário: a arbitragem internacional é uma instituição muito antiga. Nos velhos tempos o homem buscava soluções rápidas para a resolução de seus conflitos, para se evitar prejuízos muitas das vezes incalculáveis⁵⁵³.

Na mais remota Antiguidade, a humanidade sempre buscou caminhos que não fossem morosos ou sinuosos,

⁵⁵³ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos. obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José

Maria Rossani (org.). Rio de Janeiro: Forense. 1997. p. 21.

visto que os negócios, sejam civis ou comerciais, exigem respostas rápidas, sob pena de, quando solucionados, perderem o objeto e ficarem desprovidos de eficácia, com prejuízos incalculáveis para as partes interessadas. Na Grécia antiga, as soluções amigáveis eram feitas com muita frequência através da arbitragem, a qual poderia ser compromissória e obrigatória⁵⁵⁴.

No direito Romano, as questões cíveis eram primeiramente apresentadas ao magistrado, para então ser apresentada a um árbitro particular escolhido pelas partes para julgar o processo. Na idade média a igreja foi uma das grandes responsáveis pela difusão da arbitragem, tanto no plano internacional como no próprio clero, sendo um dos métodos que regulava as divergências entre comerciantes, com adoção de usos e costumes.

Nos tempos modernos, o Código Comercial Brasileiro de 1850 já trazia, em seu art. 294, cláusula sobre a arbitragem como obrigatória para decidir conflitos entre sócios em sociedades ou companhias. Atualmente, a realidade não é nada diferente. A sociedade de consumo na qual vivemos hoje se transforma numa velocidade incrível. As inovações tecnológicas e sociológicas nesses novos tempos exigem a superação de certas leis antiquadas, visto que, a partir de meados do século XX, em razão das

novas conquistas científicas e técnicas, o mundo a pequenou-se e o tempo e o espaço tornaram-se ativos de grande valor para a atual sociedade.

Na América do Norte, Europa e até na América do Sul a arbitragem já é muito utilizada para a solução de conflitos. Um exemplo de entidade voltada para a arbitragem é a *American Arbitration Association*, criada há mais de 50 anos e que vem administrando milhões de casos de arbitragem em muitos países⁵⁵⁵.

A arbitragem no Brasil deve seu relativo sucesso em grande parte pela posição de alguns magistrados. O reconhecimento da constitucionalidade deste instituto pelo Supremo Tribunal Federal e a homologação das decisões arbitrais estrangeiras pelo Superior Tribunal de Justiça, confirmam a arbitrariedade dos conflitos nos quais é parte empresa de economia mista, reconhecendo a convenção de arbitragem tácita e adequando-a à ordem pública.

1.2 BREVE ANÁLISE DA LEI 9.307 DE SETEMBRO DE 1996

A arbitragem é definida como um meio de solução de controvérsias pelo qual escolhem uma ou mais pessoas através de um compromisso arbitral ou cláusula compromissória que estabelece as normas a serem seguidas e onde as partes contratantes aceitam a

⁵⁵⁴ DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. *Revista Forense*, v. 100, n. 374, p. 127-142, jul./ago. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/830> 2. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁵⁵⁵ GIUSTI, Gilberto; BENETI, Ana Carolina Aguiar. Conhecendo a American Arbitration Association – AAA. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 314-316, jan./abr. 2004.

decisão a ser adotada. Destacamos a arbitragem no entendimento de Carlos Alberto Carmona⁵⁵⁶, qual seja:

Um meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo que a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

E para José Carreira Alvim⁵⁵⁷:

A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionalizada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de

arbitragem; na arbitragem existe o julgamento' de um litígio por 'sentença' com força de coisa julgada.

Desta forma, a partir dos ensinamentos, destacamos que são requisitos essenciais da arbitragem: capacidade para contratar; bens patrimoniais disponíveis; cláusula compromissória ou compromisso arbitral; árbitros escolhidos pelas partes, sendo sempre de direito e respeitando o princípio da publicidade. Destaca-se que o instituto possui aplicabilidade inclusive para a administração pública direta e indireta, nesta hipótese sendo utilizada para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. As partes poderão livremente escolher as regras a serem utilizadas no juízo, desde que estas não firam os bons costumes e a ordem pública.

Na arbitragem incumbem às partes escolher os árbitros, assim como o que pode ser o objeto da arbitragem, bem como delimitar as regras de direito aplicável. O foro arbitral não tem jurisdição, ou seja, revestem-se os árbitros depois de dada a sentença do encargo a eles investido. A convenção de arbitragem pode ser realizada pelas partes quando surgir qualquer litígio que necessite de um terceiro alheio à relação para que decida a respeito de qual parte tem razão. Compreende-se como convenção de arbitragem a

⁵⁵⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 16.

⁵⁵⁷ ALVIM, José Carreira. *O Direito na Doutrina*. Curitiba: Juruá, 1998. Ação Monitória. In: *Temas Polêmicos da Reforma Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 76.

cláusula compromissória e o compromisso arbitral⁵⁵⁸.

A arbitragem é classificada de duas maneiras: a primeira é "voluntária" ou "facultativa"; a segunda é "obrigatória" ou "permanente". A arbitragem voluntária ou facultativa ocorrerá quando não houver qualquer tipo de compromisso arbitral entre as partes, assim, caso haja litígio entre elas, deverão utilizar-se da arbitragem para a solução⁵⁵⁹.

Desta forma, as partes assinam um compromisso arbitral entregando o litígio para a solução por arbitragem. O compromisso tem por finalidade definir a matéria, ou seja, o motivo da controvérsia, designando os árbitros, indicando-lhes quais os poderes e estabelecendo a igualdade no processo a ser seguido. É um ato formal, constituído por instrumento posterior firmado pelas partes, árbitros e duas testemunhas⁵⁶⁰.

Já a arbitragem obrigatória ou permanente é aquela na qual se verifica a ocorrência da cláusula compromissória, que escolhe a arbitragem para dirimir qualquer litígio que possa vir a acontecer, ou a que prevê que todos os litígios que possam vir a surgir entre eles sejam submetidos a este processo de solução. Nos dizeres de César Fiúza ⁵⁶¹, a cláusula

compromissória traduz o “*Pacto acessório pelo qual as partes convêm em submeter à jurisdição arbitral as disputas que surjam no transcorrer de determinada relação jurídica, [...], sem menção à espécie de litígio nem ao nome dos árbitros*”.

A cláusula compromissória tem caráter autônomo, ou seja, não está diretamente ligada ao contrato. Assim sendo, uma nulidade no contrato não implica, necessariamente, na nulidade da cláusula compromissória. Uma das situações de destaque trazidas pela Lei da Arbitragem ⁹ foi a disposição constante no artigo 7º, o qual dispõe que existindo cláusula compromissória e presente o litígio, as partes ficam obrigadas a submeter o conflito à arbitragem.

Nesse sentido, se uma das partes se recusar a cumprir o exposto na cláusula compromissória, a parte adimplente poderá socorrer-se do Judiciário, que designará o árbitro encarregado de julgar a controvérsia. Ou seja, o Judiciário não julgará a causa, somente suprirá a falta de nomeação de árbitros da parte que se recusou a submeter a questão à arbitragem⁵⁶².

Os árbitros escolhidos pelas partes devem oferecer conhecimento específico sobre a matéria, devendo proceder com imparcialidade,

⁵⁵⁸ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre arbitragem. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁵⁵⁹ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. As vantagens da arbitragem. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, Santa Catarina, v. 1, p. 177. 1998.

⁵⁶⁰ BRASIL, op. cit.

⁵⁶¹ FIÚZA, César. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1995. p. 120.

⁵⁶² SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. As vantagens da arbitragem. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, Santa Catarina, v. 1, p. 177. 1998.

independência, competência, diligência e discricção. Devem buscar a melhor solução para o litígio, dando ao final a sentença arbitral que tem força de sentença judicial como se fosse proferida pelos órgãos do Poder Judiciário⁵⁶³.

É princípio fundamental da arbitragem a livre escolha dos árbitros e, em regra, sua designação é feita no compromisso. Nada obsta, no entanto, que as partes prefiram confiar a designação individual dos árbitros a uma ou mais pessoas por elas próprias escolhidas para esse fim. O juízo arbitral pode ser constituído por um só árbitro ou por vários, de acordo com o firmado no compromisso arbitral. Destaca-se que as partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada para tal fim⁵⁶⁴.

Quando, na escolha dos árbitros, as partes não designarem uma quantidade ímpar de juízes, fica sob a responsabilidade dos árbitros escolhidos a escolha de mais um julgador, formando uma quantidade ímpar de árbitros. Os árbitros escolhidos pelas partes deverão arguir qualquer fato que impossibilite a sua participação no tribunal arbitral. Salienta-se que no

exercício de suas funções ou em razão delas, os árbitros ficam equiparados aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal.

As condições para que a arbitragem possa ocorrer, a princípio, são a presença do compromisso arbitral ou da cláusula arbitral, bem como do órgão arbitral e do procedimento arbitral. O compromisso arbitral institui a arbitragem já com a determinação do litígio a ser dirimido. Evidentemente, o compromisso apenas institui a arbitragem em casos de litígios já nascidos, atuais, contemporâneos, conhecidos e, portanto, determinados em concreto⁵⁶⁵.

Considera-se instituída a arbitragem e instaurado o processo arbitral quando a nomeação for aceita pelo árbitro ou por todos, se forem vários. O árbitro verificará todos os termos e requisitos da convenção arbitral feita. É na convenção arbitral que as partes decidirão ou não quais serão as regras ou o rito arbitral. Não tendo sido estipulado na convenção de arbitragem as regras para o procedimento, fica a critério do tribunal arbitral determiná-las⁵⁶⁶.

Sobre o procedimento arbitral, o artigo 21 da Lei de Arbitragem⁵⁶⁷ esgota bem o assunto. As partes são livres para

⁵⁶³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 735, ano 86, p. 48, jan. 1997.

⁵⁶⁴ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre arbitragem. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁵⁶⁵ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. As vantagens da arbitragem. *Revista da Faculdade*

de Direito da UFSC, Santa Catarina, v. 1, p. 177. 1998.

⁵⁶⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 735, ano 86, p. 48, jan. 1997.

⁵⁶⁷ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre arbitragem. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

dispor sobre o rito ou procedimento, desde que não haja controvérsia a ser decidida e a sentença arbitral no caso for meramente homologatória. Caso as partes não o decidam previamente, cabe ao árbitro ou tribunal arbitral determiná-lo. Assim, as partes, ao submeterem a questão à solução arbitral, decidirão quais serão os procedimentos e as fases a serem seguidas para a solução final da controvérsia.

Cumprir informar que, antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência, cabendo aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário, conforme dispõe o artigo 22-A e artigo 22-B da referida Lei. Destaque para os poderes conferidos ao árbitro de modificar a medida cautelar concedida pelo Poder Judiciário.

As chamadas "cortes" ou "câmaras" ou "tribunais" de arbitragem não realizam a arbitragem, tampouco respondem a consultas a respeito de méritos ou julgam casos. Quem julga e exerce a arbitragem são os árbitros, isoladamente ou por um tribunal arbitral constituído para um caso específico. Os citados órgãos se encarregam somente de organizar procedimentos arbitrais e administrar a arbitragem de uma maneira geral.

A confiabilidade dos árbitros é essencial e, sendo a arbitragem menos burocrática, sua utilização flui com

maior celeridade, além de que sempre será mais sigiloso que um processo judicial pela própria estrutura determinada em lei.

Na arbitragem, por mais informal e mutável que seja o seu procedimento, alguns princípios devem ser observados para que o julgamento seja justo e incorpore a segurança jurídica ao instituto. Sendo os principais: o do contraditório, o da ampla defesa, o da igualdade das partes e da imparcialidade do juízo, entre outros. A ampla defesa decorre do contraditório, já que se oferece às partes a oportunidade de defesa técnica (por advogados) e de autodefesa, onde poderá pronunciar-se, manifestar-se e acompanhar os atos processuais⁵⁶⁸.

Por fim, com destaque para a sua grande importância, salientam-se os efeitos da sentença arbitral. Conforme disposto no artigo 31⁵⁶⁹, esta produzirá, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e ainda poderá constituir título executivo, caso seja condenatória. Essa referida disposição na Lei em comento é um dos pilares para a atuação arbitral, já que confere a esta os mesmos efeitos jurídicos da decisão judicial, trazendo assim a credibilidade, segurança e força para o instituto da arbitragem alcançar a sua finalidade e, por vias difusas, auxiliar a prestação jurisdicional no que tange a solução de litígios.

⁵⁶⁸ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. As vantagens da arbitragem. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, Santa Catarina, v. 1, p. 177. 1998.

⁵⁶⁹ BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

1.3 DESAFIOS DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Conforme apresentado a arbitragem é um método alternativo de resolução de disputas, possuindo oportunidades e desafios. É comumente utilizada para resolver disputas comerciais, contratuais, societárias e de investimento, apresentando-se como uma limitação do instituto. Essa característica demonstra que somente questões relacionadas a direitos disponíveis podem ser objeto da arbitragem, deixando de lado outras áreas do direito, como os direitos fundamentais, ou seja, direitos indisponíveis pela sua natureza. Desta forma, apresenta um desafio do instituto, vez que, a limitação do seu escopo de atuação também possui reflexos na capacidade de gerar impactos positivos no sistema judicial.

Embora a arbitragem seja frequentemente utilizada como uma alternativa ao litígio judicial, é importante ressaltar que ela não substitui completamente o processo judicial, mas apenas algumas de suas fases. Especificamente, substitui as fases de conhecimento e recursal do processo judicial, a primeira é desempenhada pelo árbitro ou pelo painel arbitral. Em relação à segunda, as partes podem estipular, se desejam ou não incluir a possibilidade de recurso. Em muitos casos, a decisão arbitral é final e vinculante, sem a possibilidade

de ser questionada em uma instância superior. Assim, questões como pedidos liminares e execuções, incumbem exclusivamente ao Poder Judiciário, esse ponto pode ser identificado como um ponto negativo, visto que, caso haja necessidade, ainda será necessário recorrer ao órgão jurisdicional⁵⁷⁰.

Ainda, uma questão enfrentada no procedimento arbitral é a dificuldade na formação dos painéis arbitrais, envolvendo uma série de questões que devem ser superadas para garantir a imparcialidade e efetividade do processo. Uma das principais dificuldades enfrentadas na formação de painéis arbitrais é a seleção de árbitros qualificados e imparciais. A escolha dos árbitros é fundamental para garantir a imparcialidade e a competência necessárias para resolver o conflito de forma justa. No entanto, encontrar árbitros com experiência e conhecimento adequados, pode se apresentar como um grande desafio. A questão se desdobra em um processo de seleção criterioso, que envolve a análise de currículos, histórico profissional e possíveis conflitos de interesse dos árbitros⁵⁷¹.

A partir desse processo seletivo, uma dificuldade diz respeito à baixa oferta de profissionais qualificados ocupados por outros compromissos, o que pode dificultar a formação do painel arbitral. Além disso, a formação do painel arbitral pode ser afetada por

⁵⁷⁰ BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Brasília. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁵⁷¹ MAMEDE, Gladston. *Arbitragem no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

desafios relacionados à aceitação das partes envolvidas. É fundamental que todas as partes confiem nos árbitros selecionados e concordem com sua nomeação. No entanto, pode haver situações em que uma das partes questione a imparcialidade ou competência do árbitro escolhido, o que pode levar a disputas e atrasos no processo⁵⁷².

Outro ponto de suma importância, é relacionado com as ações anulatórias das sentenças arbitrais. Há uma variedade de interpretações sobre as causas para as anulações, gerando insegurança jurídica no instituto e seus reais efeitos. Além disso, há a possibilidade de uma posição intervencionista, revisando de forma ampla as decisões arbitrais⁵⁷³. Importante destacar que a Lei de Arbitragem, em seu artigo 32⁵⁷⁴, prevê as hipóteses de anulação das sentenças arbitrais.

Por fim, outro ponto de atenção é o aparente conflito procedimental com o Código de Processo Civil, visto que, este estipula a possibilidade de flexibilização de procedimento no processo judicial conforme, artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil⁵⁷⁵. Estipulam que processos que admitam autocomposição, podem as partes estipular mudanças no procedimento

para especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, deveres e até determinar o calendário processual. Em certa medida, o Código de Processo Civil pode esvaziar o instituto da arbitragem, vez que, possui características semelhantes e ainda a força executiva inerente ao Poder Judiciário. No geral, é importante reconhecer os desafios da arbitragem, visando a segurança jurídica e fomentar a reflexão para sua melhoria.

2. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

2.1 ASPECTOS GERAIS

É de conhecimento notório e de forma inegável que o nosso sistema processual, por situações diversas, dá sinais de uma extrema morosidade. Destacam-se os prejuízos que advém desta morosidade a todos os envolvidos, sejam as partes diretamente interessadas no litígio ou o próprio Poder Judiciário, que não consegue dar vazão ao grande número de demandas judiciais, sobrecarregando assim todo o sistema. Todos estes fatores desembocam em um alto impacto na ordem socioeconômica nacional.

Conforme o artigo 5º, XXXV, da CF⁵⁷⁶ dispõe, “a lei não excluirá da

⁵⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁵⁷³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

⁵⁷⁴ BRASIL, op. cit.

⁵⁷⁵ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 19 jul. 2023.

⁵⁷⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*.

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, bem como, o artigo 5º, LXXVIII da CF dispõe que “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Tais trechos exemplificam deveres do Estado para com os cidadãos. Assim, se a apreciação de lesão ou ameaça de direito pelo Poder Judiciário não poderá ser restringida e a razoável duração do processo é um direito do cidadão e dever do Estado, ambos consubstanciados na Constituição Federal de 1988, surge o questionamento: se o Estado, durante atuação jurisdicional, descumprir com os dois deveres destacados e, eventual e conseqüentemente, gerar qualquer tipo de prejuízo, teria ele algum dever de indenizar?

2.2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO X PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Conforme a teoria da responsabilização civil do Estado, observa-se que há responsabilidade pelos atos lesivos de seus agentes e, por sua vez, o magistrado não deixa de ser caracterizado como um agente público. Cumpre destacar neste sentido o ensinamento de Uadi Lammêgo Bulos⁵⁷⁷, podendo extrair, de forma mais detalhada, a seguinte concepção:

A obrigação de indenizar, nos termos do § 6º do art. 37,

independe de elementos subjetivos, e o magistrado enquadra-se na noção de agente público. [...] Logo, o magistrado, que é um agente público, quando está no exercício do múnus judicante, desempenha serviço público, sendo seus atos atraídos no bojo do enunciado geral da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º).

O tema é, de longe, polêmico, sendo exposto por alguns que eventual responsabilidade por ato judicial feriria o princípio da independência, do qual o magistrado goza por ser independente no exercício da função jurisdicional. Em concepção diversa, há quem entenda que há a possibilidade da responsabilização do Estado, sem que haja qualquer tipo de agressão ao princípio da independência. Augusto do Amaral Dergint⁵⁷⁸ afirma que:

Para bem desempenhar suas funções, deve-se assegurar ao juiz um grau ótimo de independência de pressões externas... e de pressões internas. (...) Assim, coloca-se a necessária garantia de autonomia e independência do magistrado, para o bom exercício de suas funções, como finalidade precípua da irresponsabilidade judicial. O valor da independência do juiz, certamente, é fundamental, porém, não absoluto. Não deve ser

Senado Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de out. de 1988.

⁵⁷⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4; ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 253.

⁵⁷⁸ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1994. p. 761.

considerado isolado de outros princípios e valores com os quais deve coadunar – entre eles o princípio da responsabilidade democrática dos titulares do poder público perante os cidadãos. Há que se conciliar ambos os princípios; um limita, mas não anula o outro. A irresponsabilidade judicial não pode constituir o preço a ser pago pela coletividade em troca da independência de seus juízes.

Assim como em todo o ordenamento jurídico pátrio, quaisquer que sejam os princípios, estes não devem ser considerados absolutos ou analisados isoladamente, mas sim inseridos no sistema, devendo sua interpretação considerar o todo e não apenas análises locais e pontuais. Aos magistrados compete uma das grandes responsabilidades perante a sociedade, no qual traz paz e justiça social por meio dada jurisdição. No entanto estes não são infalíveis na busca desta missão tão importante, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁷⁹ com propriedade no assunto:

As garantias de que se cerca a magistratura no direito brasileiro, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da justiça. Produziram a falsa ideia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, não

reconhecida aos demais agentes públicos, gerando o efeito oposto de liberar o Estado de responsabilidade pelos ‘danos injustos’ causados àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça.

Aos que defendem a posição da ausência de responsabilidade do Estado nos atos judiciais, com base na independência que este goza, não consideram que esta aceitação da responsabilidade do Estado não tem relação com culpa ou dolo: ela é, simplesmente, objetiva. Ainda mais importante, a problemática de forma alguma recai sobre a responsabilização do magistrado em si, mas sim sobre a responsabilização do Estado.

Claramente é de se afirmar a extrema importância do princípio da independência, no entanto, essa não pode caracterizar qualquer tipo de imunidade, já que o Estado não está imune às suas próprias normas, como preconiza o estado democrático de direito⁵⁸⁰. Assim, o efeito a ser aplicado à independência é a não responsabilização do magistrado, como ocorre com os demais agentes estatais, mas, como exposto, o Estado é quem o deve suportar.

A responsabilidade pode se fundamentar no não funcionamento de um serviço, mau funcionamento ou funcionamento retardado. Ainda pode

⁵⁷⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 1992. p. 264.

⁵⁸⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Senado Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de out. de 1988.

fundar-se em um ato ilícito, em que um agente comete o dano agindo com culpa. Há entendimento, nesta situação, que a responsabilidade estatal deixa de ser considerada objetiva e passa a ser subjetiva. Deste posicionamento, a ação ou omissão do agente estatal deverá ser com culpa. Assim defende, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁸¹:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode logicamente ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano.

A razoável duração do processo tem estreita relação com a efetividade, estando os dois institutos sempre atrelados. O tema é tão importante que é objeto em tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica⁵⁸², que dispõe sobre a rapidez e efetividade da justiça como um direito fundamental do ser humano. Conforme disposto nos artigos 8º.1 e 25.1 da referida convenção:

Art. 8º. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo

razoável, por Juiz ou Tribunal competente, independentemente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[...] Art. 25. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou Tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais⁵⁸³.

Assim, o aludido direito previsto no tratado já era internalizado no ordenamento pátrio antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04⁵⁸⁴, uma vez que o país é signatário da referida convenção, tendo incorporado o Pacto ao ordenamento.

Não se trata apenas de levantar a redundância das normas, sem aplicabilidade prática, mas de

⁵⁸¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 378.

⁵⁸² OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica")*, 1969.

⁵⁸³ Ibid.

⁵⁸⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Senado Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de out. de 1988.

demonstrar que o instituto não é novo, tampouco revolucionário, ao ponto do Estado se esquivar de atendê-lo pelo seu completo distanciamento da realidade, já existindo possibilidades jurídicas de sua efetivação antes mesmo da promulgação da Emenda 45. Trata-se também, acima de tudo, de reconhecimento da importância da elevação do princípio ao patamar constitucional como meio de garantir sua efetividade, já que antes sua constatação era implícita.

A preocupação sobre a razoável duração processual é, sem qualquer dúvida, o ponto mais estudado e debatido pelo sistema processual, tendo em vista as diversas reformas e constantes alterações para determinar o fim da demora na efetividade da prestação jurisdicional, salientando que tal morosidade pode deixar trágicas, injustas e irreversíveis consequências.

No Poder Judiciário, assim como na sociedade atual, o tempo tornou-se um ativo de grande valor, que deverá conduzir não somente o processo judicial, como também ser fator relevante na urgência necessária para a solução dos conflitos, acompanhado da celeridade e da efetividade da tutela jurisdicional, as quais são determinadas pelo lapso de tempo estritamente necessário para o trâmite processual efetivo⁵⁸⁵.

Nesta situação se apresenta uma das grandes dicotomias processuais atuais. Na busca de diminuir esse tempo do processo, não se pode deixar de observar o princípio da segurança jurídica, no qual estão inseridas outras tantas garantias constitucionais, como a ampla defesa, o contraditório e a motivação dos atos processuais, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade do processo, já que nenhum direito é absoluto⁵⁸⁶. A preponderância entre esses dois institutos é a difícil equação que se apresenta ao Poder Judiciário.

Assim, mais uma vez recorreremos à figura do magistrado que, de forma coerente, buscará a função de melhor direcionar o processo através da utilização dos mecanismos que possam imprimir maior dinamismo ao trâmite processual, a fim de não prejudicar as partes interessadas, especialmente o autor, que vê sua tutela sendo esvaída com o tempo. Conforme traz a lição do professor Luiz Guilherme Marinoni⁵⁸⁷:

A demora na obtenção do bem significa sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo maior será o dano imposto ao autor e, por consequência, maior será o benefício conferido ao réu; e o processo para ser justo deve tratar de forma diferenciada os direitos

⁵⁸⁵ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma do poder judiciário. In: TAVARES, Ramos André; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pedro de Jesus Lora, (coord.). *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 96.

⁵⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

⁵⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 203.

evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito.

Se o Estado, através da atividade jurisdicional, não tem meios de garantir a razoável duração do processo para que não haja o perecimento do direito, não há que se falar em garantia constitucional, pois a efetividade na prestação jurisdicional, consubstanciada pela celeridade e a segurança jurídica, também são garantias do cidadão⁵⁸⁸. O correto a ser seguido é o conceito de que todo processo alcance a solução da lide em tempo hábil.

Para chegar a este tempo ideal há a necessidade de que seja priorizado também o princípio da celeridade. Porém, além da necessidade de o processo ser célere e efetivo, há de ser seguro. Atingir a ágil prestação de serviços e atender ao princípio da celeridade, em detrimento do princípio de segurança jurídica, é atentar ao equilíbrio do ordenamento jurídico que, por consequência, representa a fragilização das relações da sociedade. Imperioso é recorrermos ao Supremo Tribunal Federal, nossa corte maior e defensora da ordem constitucional na qual constam as garantias, que tem decidido, caso a caso, possíveis violações à razoável duração do processo, como se nota no seguinte julgado:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE ANISTIA INDEFERIDO. RECURSO. PRAZO RAZOÁVEL PARA APRECIÇÃO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.

1. A dilação probatória é estranha ao âmbito do cabimento do mandado de segurança.

2. A todos é assegurada a razoável duração do processo, segundo o princípio da eficiência, agora erigido ao status de garantia constitucional, não se podendo permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo.

3. A despeito do grande número de pedidos feitos ao Ministro da Justiça e dos membros da Comissão de Anistia, seu órgão de assessoramento, serem pro bono, aqueles que se consideram atingidos no período de 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política, não podem ficar aguardando, indefinidamente, a apreciação do seu pedido, sem expectativa de solução num prazo razoável.

4. Ordem parcialmente concedida. (MS 12.847/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28.03.2008, DJe 05.08.2008)

⁵⁸⁸ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma do poder judiciário. In: TAVARES, Ramos André; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pedro

de Jesus Lora, (coord.). *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 37.

Embora decisão explicitada acima, o Supremo Tribunal Federal somente admite responsabilidade estatal de ato judicial na hipótese de erro judiciário, sendo um equívoco afirmar a total ausência de responsabilidade do Estado na duração razoável do processo. Há algumas construções doutrinárias sólidas e jurisprudências importantes corroborando o entendimento de responsabilidade e aparato legal relativamente farto, mesmo anterior à elevação do dissecado princípio ao patamar constitucional. Porém, a problemática está distante de uma pacificação, demonstrando a quão dificultosa é a aplicação da garantia constitucional da razoável duração do processo.

2.3 A DURAÇÃO DOS PROCESSOS ARBITRAIS E JUDICIAIS

Diante das questões até aqui apresentadas, cabe uma análise quantitativa da duração dos processos arbitrais e judiciais. Nesse sentido, trazemos um estudo⁵⁸⁹ realizado em 2022, apresentando os dados contendo a média de duração dos processos arbitrais. No ano de 2020 o tempo médio de duração do processo arbitral foi de 1,6 anos para, já no ano de 2021 a média de tempo foi de 1,5 anos.

Quando verificamos o Poder Judiciário, de acordo com último relatório do CNJ⁵⁹⁰, há uma divisão da duração média dos processos com base em 03 (três) indicadores: o tempo médio entre a data do início do processo até a sentença, o tempo médio entre a data do início do processo até o primeiro movimento de baixa e a duração média dos processos que ainda estavam pendentes em 31/12/20xx.

Desta forma os dados apresentados são que para o ano de 2020 a duração média até a sentença foi de 2,2 anos, do início do processo até o primeiro movimento de baixa foi de 2,3 anos e dos pendentes em 31/12/2020 foi de 4,5 anos. Já para o ano de 2021, a duração média até a sentença foi de 2,1 anos, do início do processo até o primeiro movimento de baixa foi de 2,3 anos e dos pendentes em 31/12/2021 foi de 4,6 anos.

Os dados merecem observações, a primeira é que o processo arbitral se mostra mais célere que o processo judicial, pois, contemplando a fase de conhecimento com a prolação da sentença arbitral, possuindo base comparativa necessária com a sentença judicial. A segunda, no entanto, ainda que mais célere as matérias de direito são distintas, possuindo o Poder Judiciário uma gama maior de tipos de casos. Ambas questões podem ser analisadas em estudos futuros com o

⁵⁸⁹ LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em Números 2020/2021. *Migalhas*, São Paulo, 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.

⁵⁹⁰ CNJ - Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2022: relatório anual do Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.

aprofundamento do tema. Vejamos os dados no Gráfico 01 (ANEXO 1).

3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A análise econômica do direito é considerada uma abordagem interdisciplinar que busca nos fundamentos econômicos analisar o funcionamento do sistema legal e das instituições. Quando abordamos especificamente os custos de transação, estes são relacionados aos custos envolvidos na negociação e execução de transações entre partes. Os custos de transação são considerados em diversos contextos, incluindo a elaboração de contratos, a escolha de mecanismos de resolução de conflitos e a regulamentação do mercado⁵⁹¹.

Podemos detalhar os custos de transação como todos aqueles envolvidos em um negócio entre partes interessadas. Uma transação pode ser dividida em 03 (três) partes principais: a primeira é a existência de um parceiro para transacionar; a segunda é a negociação entre as partes; e a terceira é o próprio cumprimento do negócio firmado. Desta maneira, de forma resumida, os elementos relacionados ao custo de transação podem também ser divididos em 03 (três), sendo: custos de busca; custos de negociação; e custos de execução⁵⁹².

Abordando a teoria dos custos de transação, esta demonstra que a eficiência alocativa do mercado não é garantida automaticamente, sendo necessário analisar o conflito de interesses dos agentes econômicos. Nesse sentido, enfatiza que as transações envolvem custos que podem reduzir a eficiência do mercado e dificultar as transações. Ainda, de forma clara destaca a importância das instituições econômicas, como contratos e direitos de propriedade, na busca da redução destes custos de transação. Com as definições claras dos direitos e obrigações dos agentes econômicos, objetiva reduzir a incerteza e os riscos dessas transações⁵⁹³.

Esta teoria dos custos de transação está diretamente ligada ao Teorema de Coase. Esse teorema estabelece que, em um ambiente de direitos de propriedade bem definidos e negociação livre de custos, a transação será maximizada. Porém, caso existam custos de transação poderá resultar em uma transação ineficiente, reduzindo a eficiência alocativa de mercado. Nesse sentido, a teoria dos custos de transação é uma extensão do Teorema de Coase, podendo reduzir esses custos e aumentar a eficiência do mercado⁵⁹⁴.

Por sua vez, temos o Teorema de Hobbes, que é uma teoria política proposta pelo filósofo inglês Thomas Hobbes no século XVII, que busca entender a origem do Estado e a

⁵⁹¹ GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. *Curso de Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Barueri – SP: Atlas, 2022.

⁵⁹² GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. *Curso de Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Barueri – SP: Atlas, 2022.

⁵⁹³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵⁹⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2019.

necessidade de governo para garantir a estabilidade social. Hobbes⁵⁹⁵ argumenta que o estado natural do homem é caracterizado pela guerra entre todos, em que cada indivíduo busca seu próprio interesse, sendo a violência a forma de solucionar os conflitos. Para escapar desse cenário instável, defende um nível de renúncia da liberdade, para que o Estado possa governar. Importante sinergia com essa doutrina, a visão da participação do Estado se dá através do império das leis, definindo bem as obrigações e direitos na sociedade.

Desta forma, ao escolher um mecanismo de resolução de conflitos, é importante considerar os custos de transação envolvidos. Algumas formas de resolução de conflitos, como a arbitragem, podem ser mais eficazes e menos dispendiosas do que o litígio judicial, que envolve altos custos de transação. Neste sentido o Direito teria a sua razão de existir em impedir ameaças coercitivas, eliminando os prejuízos existentes nos litígios. Para minimizar essas perdas, o sistema de justiça deveria buscar alocar os direitos de propriedade ao interessado que mais lhe der valor⁵⁹⁶.

No entanto, também devemos observar os custos de transação no manejo do modelo arbitral, estes estão relacionados ao esforço e às despesas necessárias para instrumentalizar o procedimento arbitral. Incluindo a

pesquisa de árbitros qualificados, as taxas associadas à contratação e despesas relacionadas ao processo arbitral. Bem como, os custos relacionados aos esforços e despesas envolvidos nas etapas de negociação durante o processo arbitral. Podendo incluir a contratação de advogados ou consultores para representar as partes, os honorários do árbitro, as taxas administrativas cobradas pelas instituições arbitrais e os gastos com evidências e perícias necessárias para fundamentar os argumentos apresentados. Esses custos podem ser identificados como os custos de busca; de negociação; e de execução⁵⁹⁷.

A partir dessa informação, os principais custos incluem as taxas administrativas, honorários dos árbitros, custos de representação legal e gastos com peritos. As taxas administrativas são cobradas pelas instituições responsáveis pela administração do processo arbitral, como câmaras arbitrais. Os honorários dos árbitros são valores pagos aos profissionais encarregados de julgar o litígio. Os custos de representação legal envolvem os honorários dos advogados que atuam no processo arbitral. Além disso, em alguns casos, pode ser necessário contratar peritos técnicos para auxiliar na análise de questões específicas relacionadas ao litígio⁵⁹⁸.

É importante observar que os custos de transação podem variar

⁵⁹⁵ MACKAAY, op. cit.

⁵⁹⁶ GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. *Curso de Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Barueri – SP: Atlas, 2022.

⁵⁹⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵⁹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

dependendo do tamanho e da complexidade da disputa, bem como das características específicas do processo arbitral escolhido. Portanto, é essencial avaliar cuidadosamente os custos envolvidos antes de optar pelo modelo arbitral como meio de resolver uma disputa.

4. CONSEQUÊNCIAS DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO NO CRESCIMENTO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A partir dos conceitos informados, verificamos que os custos de transação podem ter um impacto significativo no desenvolvimento econômico de um país. No caso do Brasil, os altos custos de transação têm sido apontados como um obstáculo ao crescimento econômico sustentável. Estes podem afetar a eficiência alocativa e dificultar a formação de contratos e transações eficientes. Segundo Coase⁵⁹⁹, isso pode resultar em barreiras à entrada de novas empresas, menor competição e ineficiências na alocação de recursos. Investidores estrangeiros levam em consideração os custos de transação ao decidirem alocar recursos em um país. De acordo com *World Bank Group*⁶⁰⁰, sistemas legais

mais eficientes e custos de transação mais baixos aumentam a confiança dos investidores, reduzem a incerteza e tornam o ambiente de negócios mais atraente.

Os custos de transação afetam diretamente a capacidade das empresas de operarem de forma eficiente. Segundo Williamson⁶⁰¹, processos burocráticos complexos, demoras na solução de disputas legais e incertezas contratuais prejudicam a tomada de decisão empresarial e aumentam os riscos. Quando comparado a outros países, o Brasil enfrenta desafios significativos em relação aos custos de transação. Conforme o *World Economic Fórum*⁶⁰², países como Estados Unidos, Canadá, Alemanha e Japão têm sistemas legais mais eficientes, com menor burocracia, tempo reduzido para solução de litígios e maior segurança jurídica.

Esses países têm investido em tecnologia e digitalização dos processos legais, o que reduz os custos e atrasos nas transações⁶⁰³. O Brasil pode se beneficiar ao buscar melhorias nessas áreas, promovendo a simplificação regulatória, modernizando o sistema judiciário e implementando mecanismos eficientes de resolução de disputas. Os custos de transação

⁵⁹⁹ COASE, R. H. *The Problem of Social Cost. The Journal of Law and Economics*, The University of Chicago Press, 2008.

⁶⁰⁰ WORLD BANK GROUP. "Sustainable Development Goals: Progress and Challenges." *Global Development Review*, v. 15, n. 3, p. 45-67, 2020.

⁶⁰¹ WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, markets, relational contracting*. v. 6, n. 2, p. 2-11, 1985.

⁶⁰² WORLD ECONOMIC FORUM. "The Future of Work: Adapting to Technological Transformations." *Global Economic Perspectives*, v. 8, n. 2, p. 12-25, 2020.

⁶⁰³ CNJ - Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2022: relatório anual do Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.

desempenham um papel crucial no desenvolvimento econômico de um país. No caso do Brasil, esses custos têm sido um desafio, como podemos analisar na manutenção da quantidade de processos pendentes no Brasil, demonstrando o alto grau de congestionamento do sistema judiciário, segundo o relatório Justiça em Números, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (Figura 1, ANEXO 02):

Conforme Barroso ⁶⁰⁴, comparativamente a países com menor custo de transação, o Brasil pode buscar melhorias em sua infraestrutura legal e regulatória, a fim de promover um ambiente de negócios mais eficiente e atrativo para investimentos. Segundo North ⁶⁰⁵, os custos de transação podem resultar em incertezas, atrasos e despesas adicionais no processo de estabelecimento de uma nova indústria. Isso pode desencorajar os empreendedores e investidores, limitando a entrada de novas empresas no mercado e prejudicando a competição e a inovação. Além disso, Williamson ⁶⁰⁶ destaca que os altos custos de transação podem levar à formação de barreiras de entrada, como a necessidade de estabelecer redes de relacionamento com parceiros

comerciais ou obter informações específicas sobre o mercado. Essas barreiras podem dificultar a entrada de novos concorrentes e limitar o crescimento do setor industrial.

No contexto brasileiro, a burocracia excessiva e os entraves regulatórios podem aumentar os custos de transação e afetar negativamente a instalação de novas indústrias. Segundo dados do Banco Mundial ⁶⁰⁷, o Brasil ocupa a 124ª posição no ranking de facilidade para fazer negócios, refletindo a complexidade e a morosidade dos processos regulatórios. De acordo com Araújo et al. ⁶⁰⁸, a redução dos custos de transação e a simplificação dos procedimentos podem estimular a criação de novas indústrias, impulsionar o empreendedorismo e gerar empregos. Medidas como a simplificação regulatória, a desburocratização e a criação de ambientes favoráveis aos negócios podem atrair mais investimentos e incentivar o crescimento econômico.

Além disso, a adoção de políticas de promoção da educação e capacitação profissional também desempenha um papel fundamental na geração de emprego. Segundo Campos et al. (2020), investir em educação e treinamento adequados para os

⁶⁰⁴ BARROSO, J. "Economic Growth and Income Inequality: A Comparative Analysis." *Journal of Economic Studies*, v. 22, n. 1, p. 34-51, 2016.

⁶⁰⁵ NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

⁶⁰⁶ LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em Números 2020/2021. *Migalhas*, São Paulo, 2022. Disponível em:

https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf.

Acesso em: 20 jul. 2023.

⁶⁰⁷ BANCO MUNDIAL. "Education for All: Promoting Access and Quality in Developing Countries." *World Development Perspectives*, v. 7, n. 2, p. 90-105, 2021.

⁶⁰⁸ ARAÚJO, Araújo et al. "The Role of Development economics." *Economics and Social Policy*, v. 32, n. 1, p. 22-39. 2017.

trabalhadores pode reduzir os custos de transação associados à contratação e reter talentos qualificados nas indústrias. Singapura, Austrália e Suíça são exemplos de países que adotam políticas liberais e possuem menores custos de transação. Essas nações têm demonstrado um ambiente de negócios mais favorável à inovação, à adoção de tecnologias avançadas e ao crescimento econômico sustentável. De acordo com o relatório do *World Economic Fórum* ⁶⁰⁹, Singapura é classificada como uma das economias mais inovadoras do mundo, com um ambiente de negócios favorável à adoção de tecnologias avançadas. A Austrália, por sua vez, possui uma cultura de inovação e um ambiente regulatório flexível, o que favorece a adoção de tecnologias emergentes⁶¹⁰.

A Suíça é conhecida por sua estabilidade política, segurança jurídica e baixos custos de transação. O país tem um ambiente de negócios favorável à inovação, com investimentos significativos em pesquisa e desenvolvimento⁶¹¹. Por outro lado, para Araújo et al.⁶¹², o Brasil enfrenta desafios relacionados aos altos custos de transação, que limitam a sua capacidade de acompanhar o ritmo acelerado da inovação tecnológica e de competir em nível global. A complexidade burocrática, a morosidade na aprovação de

regulamentações e a falta de segurança jurídica são fatores que prejudicam a atração de investimentos e a adoção de tecnologias avançadas.

Para reduzir o atraso tecnológico e tornar-se mais competitivo, o Brasil precisa adotar medidas que visem a simplificação regulatória, a modernização do sistema judiciário e a promoção de um ambiente de negócios mais propício à inovação. É essencial que o país estimule a colaboração entre universidades, setor privado e governo, além de investir em pesquisa e desenvolvimento de tecnologias de ponta. Sendo a arbitragem um método alternativo de resolução de disputas que apresenta diversas vantagens significativas. Ao considerarmos a celeridade do processo e os menores custos de transação, fica claro que a arbitragem oferece uma conclusão positiva para as partes envolvidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitragem é um processo de resolução de conflitos fora do sistema judiciário tradicional, em que as partes envolvidas em uma disputa concordam em submeter sua questão a um terceiro imparcial, que irá tomar uma decisão vinculante. O instituto é muito utilizado em transações internacionais, onde os custos de transação associados ao

⁶⁰⁹ WORLD ECONOMIC FORUM. "Resilience in the Face of Global Crises: Lessons Learned and Future Strategies." *Global Policy Journal*, v. 12, n. 4, p. 78-92, 2022.

⁶¹⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁶¹¹ Ibid.

⁶¹² GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. *Curso de Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Barueri – SP: Atlas, 2022.

sistema judiciário local podem ser particularmente elevados.

Como observado ao longo da exposição, há dificuldade na aplicação da garantia constitucional da razoável duração do processo, o que gera morosidade no sistema legal nacional e produz diversas externalidades negativas que causam alto impacto na ordem socioeconômica nacional. A responsabilização do Estado não parece um caminho a ser direcionado para a solução e a situação está distante de uma pacificação legal, doutrinária e jurisprudencial.

Desta forma, por não necessitar de qualquer atuação legislativa ou vontade política, ficando distante do conflito dos mais diversos interesses, temos o instituto da arbitragem, cabendo aqui ser exposto como uma ferramenta já disponível e subutilizada nos dias de hoje. Em análise a diversos sistemas processuais de outros países nos quais a arbitragem funciona de maneira ampla, verifica-se que é possível colocar nesta iniciativa a resolução de conflitos através dos mecanismos extrajudiciais, buscando assim a autocomposição das partes envolvidas, preservando as relações, colaborando com o Poder Judiciário e reduzindo consideravelmente os custos de transação e sociais envolvendo as demandas judiciais.

A arbitragem pode ser uma ferramenta de suma importância para diminuir os custos de transação envolvendo demandas judiciais, entre elas a mais importante e de impossível precificação, o tempo. Temos no Teorema de Coase o argumento que, com a definição clara de direitos de

propriedades, não haverá custos de transação, uma vez que a transação realizada é pareto-ótima independente da alocação inicial de recursos. Nesse contexto, a arbitragem pode ser uma ferramenta eficaz para a redução dos custos de transação envolvendo litígios.

Tem a capacidade de reduzir os custos de transação de várias formas. Em linhas gerais é mais célere e menos dispendiosa do que o litígio judicial. Também permite a escolha de um árbitro com experiência na área objeto de litígio, especializando a solução da questão. Por fim, geralmente é confidencial, auxiliando na proteção dos interesses das partes e manter informações sensíveis em sigilo. O instituto da arbitragem, pelas suas características é capaz de alcançar todos estes benefícios.

Ainda, que a arbitragem possua custos atrelados ao seu procedimento, estes poderão variar de acordo com a complexidade da demanda, e pela própria natureza das matérias submetidas ao juízo arbitral. Bem como, os dados demonstram uma maior celeridade no processo arbitral, em comparação com o processo judicial em todos os cenários de tempo médio de duração. Bem como, a existência de desafios, não parecem ser impeditivos na utilização do instituto, devendo ser fomentada uma cultura de respeito às decisões contidas nas sentenças arbitrais, evitando a sua judicialização e gerando segurança jurídica e em consequência as suas externalidades positivas em todo sistema de justiça nacional.

Resumindo, a razoável duração do processo é um princípio a ser

buscado, mas que na prática atual não vem sendo alcançado, e a arbitragem pode ser a ferramenta auxiliar na busca das soluções de interesses dos envolvidos, reduzindo sobremaneira os custos de transação, que são uma fonte ineficiente de alocação de recursos na sociedade. Ao escolher a arbitragem como meio de resolução de conflitos, as partes podem reduzir o tempo das demandas e os custos de transação associados à negociação e execução, levando a transações mais eficientes e benéficas para todas as partes envolvidas, e indiretamente para sociedade, que sempre se beneficiará de trocas eficientes realizadas pelos agentes econômicos.

REFERÊNCIAS

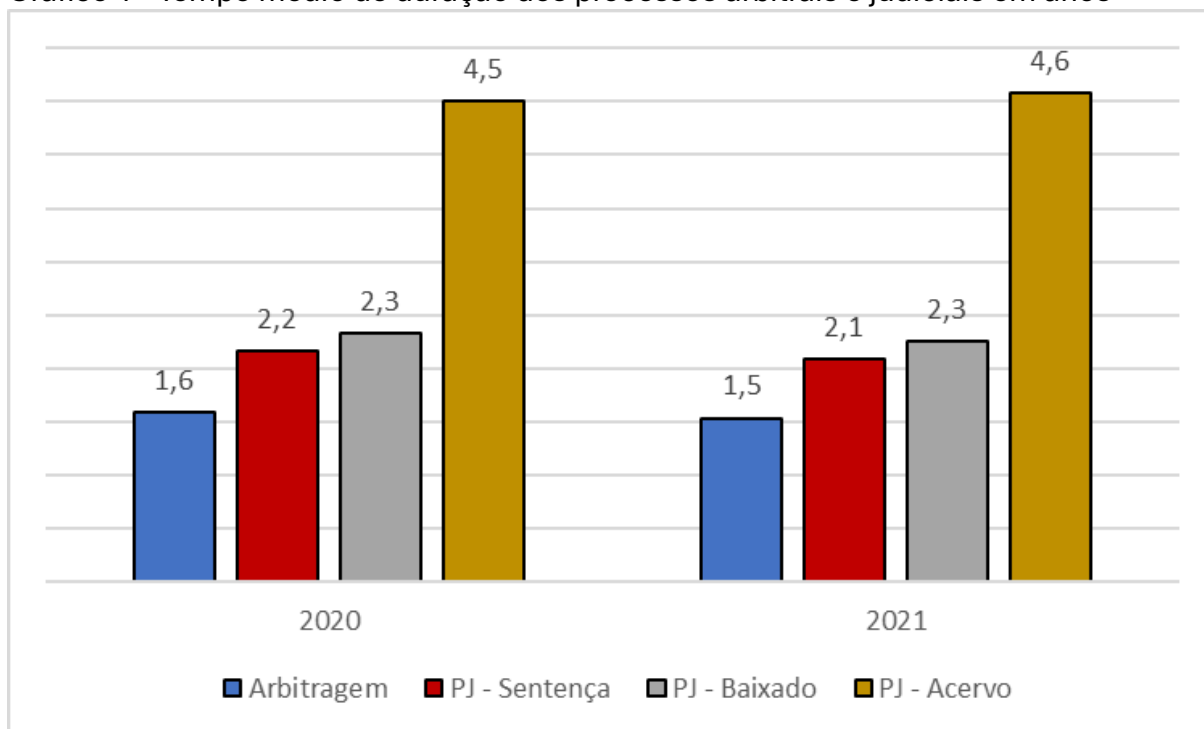
- ALVIM, José Carreira. O Direito na Doutrina. Curitiba: Juruá, 1998. Ação Monitória. In: *Temas Polêmicos da Reforma Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 76.
- ARAÚJO, A. et al. "The Role of Development economics." *Economics and Social Policy*, v. 32, n. 1, p. 22-39. 2017.
- BANCO MUNDIAL. "Education for All: Promoting Access and Quality in Developing Countries." *World Development Perspectives*, v. 7, n. 2, p. 90-105, 2021.
- BARROSO, J. "Economic Growth and Income Inequality: A Comparative Analysis." *Journal of Economic Studies*, v. 22, n. 1, p. 34-51, 2016.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Senado Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de out. de 1988.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 19 jul. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- CNJ - Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2022*: relatório anual do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.
- COASE, R. H. *The Firm, the Market, and the Law*. 1988.
- COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, The University of Chicago Press, 2008.
- COASE.ORG. *Ronald Coase, 1910-2013*. Disponível em: <https://www.coase.org/coaseretro>

- spective.htm. Acesso em: 20 abr; 2022
- DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. *Revista Forense*, v. 100, n. 374, p. 127-142, jul./ago. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dSPACE/handle/2011/8302>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FIÚZA, César. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1995.
- GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. *Curso de Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Barueri – SP: Atlas, 2022.
- GIUSTI, Gilberto; BENETI, Ana Carolina Aguiar. Conhecendo a American Arbitration Association – AAA. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 314-316, jan./abr. 2004.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2019.
- LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em Números 2020/2021. *Migalhas*, São Paulo, 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MAMEDE, Gladston. *Arbitragem no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos. obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani (org.). Rio de Janeiro: Forense. 1997. p. 203.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica")*, 1969.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 1992.
- SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. As vantagens da arbitragem. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, Santa Catarina, v. 1, p. 177. 1998.
- SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma do poder judiciário. In: TAVARES, Ramos André; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pedro de Jesus Lora, (coord.). *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 37, 96.

- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 735, ano 86, p. 48, jan. 1997.
- WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, markets, relational contracting*. v. 6, n. 2, p. 2-11, 1985.
- WORLD BANK GROUP. "Sustainable Development Goals: Progress and Challenges." *Global Development Review*, v. 15, n. 3, p. 45-67, 2020.
- WORLD ECONOMIC FORUM. "The Future of Work: Adapting to Technological Transformations." *Global Economic Perspectives*, v. 8, n. 2, p. 12-25, 2020.
- WORLD ECONOMIC FORUM. (2022). "Resilience in the Face of Global Crises: Lessons Learned and Future Strategies." *Global Policy Journal*, v. 12, n. 4, p. 78-92, 2022.

ANEXO 1

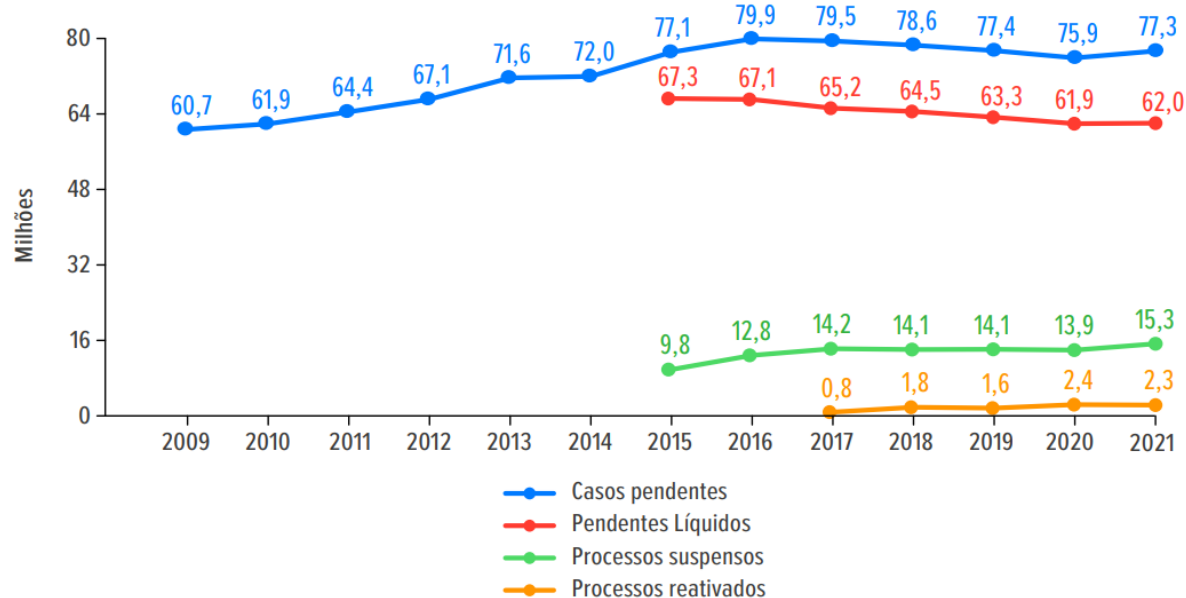
Gráfico 1 - Tempo médio de duração dos processos arbitrais e judiciais em anos



Fonte: Elaboração própria dos autores (2023)

ANEXO 2

Figura 1 - Série histórica dos casos pendentes



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2022.

DECISÃO DE INVESTIMENTO, SEGURANÇA JURÍDICA E SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.⁶¹³

INVESTMENT DECISION, LEGAL SECURITY AND MANDATORY PRECEDENTS SYSTEM IN BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ e na Estácio. Desembargador do Tribunal de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Maurilio Guignoni Dutra

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

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo realizar uma investigação sobre como a qualidade institucional de um país, medida, dentre outros fatores, pelo grau de segurança jurídica proporcionada para realização de negócios e investimentos, impacta nos níveis de desenvolvimento e progresso de uma nação. A partir do referencial teórico oferecido pelo movimento denominado Nova Economia Institucional, liderado pelo economista Douglas North, busca-se avaliar a relação entre os princípios e objetivos que orientaram o legislador do Código de Processo Civil de 2015 e os potenciais ganhos na percepção de sua qualidade institucional e segurança jurídica que o país pode usufruir a partir do uso efetivo e disseminação de algumas das novidades processuais introduzidas pelo novel Codex, em especial, o Sistema de Precedentes Obrigatórios. O texto pretende investigar

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 no sistema jurídico-processual brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes Judiciais. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Política Judiciária. Análise Econômica do Direito. Nova Economia Institucional. Segurança Jurídica. Investimentos

ABSTRACT: This article aims to investigate how the institutional quality of a country, measured, among other factors, by the degree of legal certainty provided for doing business and investments, impacts the levels of its development and progress. From the theoretical framework offered by the movement called New Institutional Economics, led by Douglas North, it

⁶¹³ Artigo recebido em 17/01/2025 e aprovado em 14/02/2025.

seeks to evaluate the relationship between the principles and objectives that guided the legislator of the 2015 Code of Civil Procedure and the potential gains in the perception of its institutional quality and legal certainty that the country can enjoy from the effective use and dissemination of some of the procedural novelties introduced by the new Codex, in particular, the System of Binding Precedents. The article intends to investigate the theme from a multidisciplinary approach, relating theory and practice, as well as bringing reflections on the promotion of efficiency and legal certainty in the Brazilian legal-procedural system.

KEYWORDS: Binding Precedents. Institutional Economics. Legal Certainty. Investments

INTRODUÇÃO

A abertura do Direito ao conhecimento interdisciplinar deixou, há algum tempo, de ser uma tendência e passou a figurar como algo essencial ao adequado entendimento sobre a dinâmica de elaboração e aplicação da norma jurídica no contexto social contemporâneo. Nessa linha, a produção acadêmica em direito tem crescentemente se utilizado de métodos científicos e modelos consagrados por outros ramos do saber, tais como a sociologia, a ciência política, a

psicologia, a ciência de dados e a economia⁶¹⁴.

Nesse intercambio com diversas espécies de saberes, ocupa espaço central o esforço que toda a comunidade acadêmico-jurídica tem envidado para capturar e compreender estruturas lógicas, métodos e técnicas consagradas na seara econômica, seja no afã de melhor entender os aspectos teleológicos dos princípios jurídicos buscando o adequado entendimento e aplicação de normas em contextos fáticos cercados por circunstâncias econômicas relevantes, seja com o intuito de buscar ferramentais metodológicos para ajudar a compreender as próprias estruturas e institutos jurídicos, sob a lente da racionalidade econômica.

Em se tratando de Direito Processual e de Sistema de Justiça brasileiros, é possível dizer que essa intenção de aproximação do Direito à Economia ocorre, pelo menos, desde o início da Década de 1990, quando preocupações acerca da eficiência/efetividade jurisdicional e da razoável duração do processo começaram a ganhar relevo nas discussões acadêmicas e políticas, que inspiraram as várias ondas de reformas sofridas pela legislação processual civil até então vigente (Lei n.º 5.869, de 1973).

Marco importante e representativo de um verdadeiro *turning point* para o Sistema de Justiça Brasileiro

⁶¹⁴ Na academia norte-americana a obra tida como referência em relação a esta inclinação à interdisciplinaridade é GALANTER, Marc; EDWARDS, Mark Alan. *Law and society & law and*

*economics: common ground, irreconcilable differences, new directions: introduction: the path of the law and*s. Wisconsin Law Review, n. 1997, v.3, p.375-389, 1997.

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 trabalhista⁶¹⁵.

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”⁶¹⁶.

Uma das premissas que inspirou esse estrutural e bem-sucedido movimento reformista no Brasil foi a ideia difundida pela denominada Nova Economia Institucional, segundo a qual “as instituições afetam o desempenho da economia mediante o seu efeito sobre os custos de transação e de produção”⁶¹⁷. Ao longo de mais de três décadas, economistas e outros especialistas vem se dedicando a mapear como as instituições afetam o crescimento econômico e tornam-se

⁶¹⁵ *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. 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.

⁶¹⁶ CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010, p. 249.

⁶¹⁷ NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 6.

barreiras ou fontes de incentivo para o objetivo do progresso e do desenvolvimento de uma nação⁶¹⁸.

Com base nesse recorte teórico proporcionado pela Nova Economia Institucional, o presente trabalho buscará melhor compreender a relação entre os princípios e objetivos que orientaram o legislador do Código de Processo Civil de 2015 e os potenciais ganhos na percepção de qualidade institucional que o país pode usufruir a partir do uso efetivo e da disseminação de algumas das novidades processuais introduzidas pelo novel Codex, como, por exemplo, o Sistema de Precedentes Obrigatórios.

Na seara acadêmico-jurídica já existe uma profusão de trabalhos técnico-processuais de qualidade sobre o tema, fruto de intensas investigações e reflexões que visam definir os contornos teóricos e práticos para a escorreita aplicação do instituto pelos tribunais do país. Contudo, para além desse interesse jurídico-dogmático, o sistema de precedentes obrigatórios induz 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 jurisdicional⁶¹⁹.

1. ECONOMIA, INSTITUIÇÕES E DESENVOLVIMENTO

Há algumas décadas, estudos econômicos de peso têm evidenciado a clara relação entre prosperidade e ambiente institucional equilibrado, sendo, atualmente, consenso quase absoluto entre profissionais de mercado, governos e acadêmicos a ideia de que segurança, estabilidade e previsibilidade são fatores-chave para o desenvolvimento econômico sustentável de uma nação.

São bastante difundidos, nesta seara, os conceitos da chamada “Nova Economia Institucional”, que tem entre seus principais expoentes os economistas Douglas North, Ronald Coase e Oliver Williamson, vencedores do prestigiado Prêmio Nobel de Economia, respectivamente, em 1993

⁶¹⁸ No caso do Brasil, não custa lembrar que esse objetivo econômico tem sede constitucional: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - garantir o desenvolvimento nacional”.

⁶¹⁹ 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*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 33.

(pela renovação da investigação história econômica aplicando teoria econômica e os métodos quantitativos para explicar as mudanças econômicas e institucionais), 1991 (pela descoberta e clarificação da significância dos custos de transação e direitos de propriedade para a estrutura institucional e o funcionamento da economia), e 2009 (pela análise da governança econômica, especialmente dos limites da firma).

Liderados pelas ideias de North, o movimento da Nova Economia Institucional “tirou a ciência econômica de sua zona de conforto, que consistia em examinar dados mais facilmente mensuráveis, como mão de obra e capital; em vez disso, ele reuniu a política, a sociologia e a história a fim de entender por que alguns países prosperam e outros fracassam”⁶²⁰.

Mais recentemente, essas ideias foram continuadas/expandidas por economistas como Daron Acemoglu, do MIT, e pelo cientista político James Robinson, da Universidade de Chicago, notadamente em seu livro “Por que as nações fracassam?”⁶²¹, e por muitos outros que se apoiaram, especialmente, nas obras de Douglas North sobre o papel das instituições no desenvolvimento econômico.

Para North, o termo instituições tem um significado específico, que é capturado pela metáfora de que as instituições são as “regras do jogo”; em

outras palavras instituições são as restrições estabelecidas pelo homem que limitam suas interações no campo político, econômico e social. Ainda segundo North, haveria dois tipos de instituições: as formais e as informais. Exemplos de instituições formais seriam as constituições, as leis, os regulamentos, os direitos de propriedade; exemplos de instituições informais incluiriam normas de comportamento, códigos de conduta, convenções, tabus, valores, crenças, costumes, religiões etc. Em conjunto, instituições formais e informais limitam a atuação dos diversos indivíduos e entes sociais, inclusive empresas, consumidores, sindicatos, órgãos de imprensa, ONGs, igrejas, escolas, congressistas, juízes, partidos políticos, agentes públicos etc.⁶²².

A definição de instituições como “restrições” (“*constraints*”) realça a noção de escolha, que é o conceito central da análise da ciência econômica. Elas abarcam desde normas sociais e costumes até leis escritas e precedentes judiciais. “Em conjunto com as os demais limites econômicos”, diz North⁶²³, “as instituições definem o leque de opções e, portanto, determinam os custos de transação e de produção e assim [determinam também] a lucratividade e viabilidade de se realizar atividade econômica”. Em sentido semelhante,

⁶²⁰ YUEH, Linda. *Os grandes economistas: como as suas ideias podem nos ajudar*. Porto Alegre: L&PM, 2021, p. 424.

⁶²¹ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens da riqueza, da prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012. Outro

⁶²² SALAMA, Bruno Meyerhof. *Estudos em direito & economia: micro, macro e Desenvolvimento*. 1ed. Curitiba. Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p. 129.

⁶²³ NORTH, Douglass C. *Institutions*. The Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, n. 1, 1991. p. 97-112.

encontramos as ponderações lançadas por Bruno Meyerhof Salama⁶²⁴.

2. QUALIDADE INSTITUCIONAL: FATORES E MODELOS DE AVALIAÇÃO

Inúmeros têm sido os esforços da comunidade econômica e jurídica, no Brasil e no mundo, voltados a identificar e medir a qualidade institucional de uma nação. Em geral, a qualidade institucional de um país é revelada a partir da observação da existência/eficácia/efetividade de uma série de fatores tidos como estruturais à configuração do conceito de “*Rules of the Law*” (ou “Estado de Direito”), tais como (i) limitação do poder absoluto (“sistemas de freios e contrapesos”); (ii) controle da corrupção; (iii) transparência governamental; (iv) respeito aos direitos fundamentais; (v) ordem social e segurança pública; (vi) *enforcement* regulatório; (vii) acesso à

justiça civil e devido processo legal; (viii) efetividade da justiça criminal e respeito às garantias do acusado⁶²⁵.

Trazendo à luz da realidade brasileira, é importante contextualizar o posicionamento institucional do Brasil para compreender as vantagens e dificuldades do país para incentivar investimentos e dar suporte ao crescimento de uma economia de mercado que seja ao mesmo tempo dinâmica e inclusiva.

Para ilustrar as forças e fraquezas institucionais relacionadas a temas que afetam o investimento, especialmente os de longo prazo, recorreu-se ao exercício preliminar de selecionar alguns indicadores com dados disponíveis de levantamentos sobre qualidade institucional de países realizados por 3 diferentes

⁶²⁴ As instituições importam, no fundo, porque os indivíduos e as organizações reagem aos incentivos por elas criados. Assim, as instituições definem, por exemplo, os incentivos para a formação de poupança, investimento, produção e comércio, e dessa forma são decisivas nos processos de desenvolvimento econômico. As instituições são criadas pelo homem para estabelecer ordem e reduzir a incerteza e, também, para reduzir os custos de produção e troca. A incerteza é onipresente e boa parte das atividades humanas ao longo da história pode ser interpretada como constituindo tentativas de redução da incerteza. O problema da incerteza é mais agudo nas situações em que os indivíduos não têm condições de determinar probabilidades e, por este motivo, estão impossibilitados de criarem mecanismos de proteção e seguro. Nos países mais desenvolvidos, haveria uma série de

circunstâncias em que se consegue reduzir a incerteza (mercados futuros, contratos impensoais protegidos pelo direito estatal, etc.), mas isso se dá através de interações sociais relativamente complicadas e nem sempre reproduzíveis nos demais países, que suportam apenas organizações mais simples. SALAMA, Bruno Meyerhof, Op. Cit., p. 129-130.

⁶²⁵ Livre tradução dos fatores de avaliação indicados/considerados pelo *Rule of Law Index 2023*, produzido pela organização *World Justice Project*. Esses sete fatores foram desagregados em outros 44 subfatores e foram utilizados para avaliar a qualidade do Estado de Direito em 142 países do globo, a partir de pesquisas de opinião e consultas a vários stakeholders locais e internacionais, no ano de 2023. O relatório na íntegra está disponível em <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>.

organizações: Fraser Institute⁶²⁶, Banco Mundial⁶²⁷ e World Justice Project⁶²⁸.

Os indicadores selecionados mensuram a qualidade institucional de um país em cinco dimensões que julgamos importantes para a tomada de decisões de investimentos de longo prazo: (i) Eficiência Processual, (ii) Eficiência Regulatória, (iii) Incerteza Legal, (iv) Independência Jurídica/Administrativa e (v) Proteção da Propriedade.

É importante notar que três dos indicadores (Incerteza Legal, Independência Jurídica/Administrativa e Proteção de Propriedade) estão fortemente associados ao tema da segurança jurídica que tem permeado o debate público sobre o ambiente para negócios e investimentos no país.

Quando comparado a outros mercados emergentes, sobretudo aos países do grupo chamado Brics, com os quais disputamos a atração de investimentos estrangeiros, os resultados do Brasil foram destaque positivo na dimensão *Segurança da Propriedade Privada*. Nos indicadores de *Incerteza Legal*, que quantifica a percepção de conflitos legais e perenidade das regras, ou o indicador de *Independência Jurídica*, os resultados

do Brasil ficam muito próximos à média dos mercados emergentes ou de países classificados como renda média (baixa ou altas), segundo o Banco Mundial.

De acordo com esses indicadores, a grande deficiência do país aparece no quesito de *Eficiência Processual*. Esse indicador mensura custos e razoabilidade nos processos judiciais ou administrativos. Questões associadas a tempo médio de resolução de conflitos judiciais/administrativos e custos de litígios colocam o Brasil, nesse quesito, abaixo da média, até mesmo do grupo de países de renda média-baixa (sendo que o país é classificado pelo Banco mundial como de renda média-alta). Comparado aos demais países do Brics, dentre os quais o Brasil se colocava como relativamente bem-posicionado no indicador de *Segurança dos Direitos de Propriedade*, o destaque é negativo como o pior resultado do grupo.

Para o indicador de *Eficiência Regulatória*, o país também não figura bem entre seus pares. O Brasil se situa muito abaixo da nota média do grupo dos Brics e abaixo do grupo de países de renda média-alta.

O impacto negativo desses dois indicadores é bastante perceptível para

⁶²⁶ A instituição publica, periodicamente, o *Economic Freedom Index*, voltado a avaliar uma série de fatores associados a exercício de garantias e liberdades individuais, dentre eles fatores de qualidade do sistema legal/judicial e efetividade na proteção de direitos de propriedade. Disponível em <https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/economic-freedom-what-is-it-how-is-it-measured.pdf>.

⁶²⁷ O *Worldwide Governance Indicators* é publicado periodicamente pelo Banco Mundial e

captura a percepção de cidadãos, empresários e famílias sobre qualidade institucional e governança em mais de 200 países, entre 1996 e 2022. Disponível em <https://www.worldbank.org/en/publication/worldwide-governance-indicators/documentation#1>.

⁶²⁸ *Rule of Law Index 2023*. Disponível em <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>.

a sociedade quando há eventos de potencial dúvida e/ou disputa entre as partes da relação contratual sobre qual a regra a ser aplicada. A complexidade/lentidão processual, a baixa qualidade técnica de algumas decisões e/ou a indefinição sobre a quem cabe a “palavra final” em determinado tema-conflito são fatores que costumam se traduzir para a sociedade em serviços prestados com menor qualidade ou com incremento de tarifação (para compensar esses desarranjos estruturais-institucionais).

Um importante insumo para o desenho de reformas ou de políticas que pode ser extraído dos resultados acima mencionados remete à avaliação de quais deveriam ser as prioridades em termos de reformas que envolvam processos de concessão ou tangenciem o investimento no país. Enquanto o país possui condições de garantia de propriedade bastante razoáveis, por exemplo, os processos administrativos e judiciais ainda são avaliados por agentes econômicos como defectivos, lentos, injustos e/ou custosos.

E, a partir desse diagnóstico preliminar, talvez seja possível iniciar a construção de uma estratégia que vise à obtenção gradual de melhores resultados em termos de condições institucionais que suportem os investimentos, ajustando regras procedimentais, revendo governanças institucionais em temas de alto interesse/impacto socioeconômico e

criando mecanismos que tragam mais eficiência, celeridade, clareza e previsibilidade ao sistema econômico-jurídico do país. Parte dessa estratégia já está em curso no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, no que se refere à política judiciária de Precedentes Obrigatórios, conforme será visto adiante.

3. QUALIDADE INSTITUCIONAL E SEGURANÇA JURÍDICA

Entre os diversos atores da vida política, econômica e social do país, há um diagnóstico comum de que a institucionalidade nacional tem imposto ao processo produtivo/econômico um alto custo transacional para equacionamento de suas incertezas, ineficiências e complexidades, bem como, uma convicção coletiva de que um dos pilares necessários para garantir a efetiva retomada do crescimento passa por propiciar aos agentes econômicos um ambiente de negócios mais adequado⁶²⁹.

Algumas das queixas relacionadas aos sistemas legal e jurídico, incumbidos, respectivamente, das atividades de produção e aplicação do sistema de normas estatais, são: (i) insuficiente organicidade e clareza do conjunto de regras jurídicas vigentes, bem como baixo nível de transparência e participação da sociedade em relação ao seu processo de produção/revisão; (ii) grande volume de processos judiciais

⁶²⁹ A título de exemplo, valem ser citados os trabalhos/diagnósticos produzidos pela Confederação Nacional da Indústria – CNI e pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN (Disponíveis, respectivamente,

em, <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/propostas-da-industria-para-eleicoes-2018/seguranca-juridica/> e <https://jurosmaisbaixosnobrasil.com.br/febraban.pdf>. Acesso em 14/03/2023).

e administrativos, e morosidade da jurisdição estatal em resolvê-los de forma definitiva; (iii) pouca estabilidade na aplicação do direito e desrespeito a situações jurídicas constituídas; (iv) relação desarticulada e não harmônica entre os poderes e órgãos da República; (v) excesso de burocracias em sede (p.e.) ambiental, societária, tributária e trabalhista.

Em exercício de quantificação do impacto da insegurança jurídica no crescimento nacional, estimativa feita pelo pesquisador Armando Castelar, da Fundação Getúlio Vargas, sugere que a percepção depreciada quanto à segurança jurídica no país diminui o crescimento anual potencial do Brasil ao percentual de 0,2% e 0,5%, especialmente em setores com contratações de longo prazo, como, por exemplo, o de infraestrutura⁶³⁰.

A análise desse ambiente de insegurança jurídica pressupõe um processo progressivo de delimitação semântica, especialmente em virtude da pluralidade de significados da expressão segurança jurídica. Dentre as abordagens semânticas possíveis podemos considerar a segurança no sentido estritamente comportamental, “como estado de confiabilidade

recíproca entre dois indivíduos, tanto nas relações estritamente individuais quanto nas relações coletivas”⁶³¹.

Como valor jurídico, a segurança é tida por estudiosos como um verdadeiro pilar do Direito, pois compreende-se que sem esta, as bases do Estado Democrático são colocadas em risco. É necessário que a sociedade tenha confiança no Estado, que a partir do momento que o cidadão tiver algum direito violado, o Estado o protegerá de forma tempestiva e isonômica. No âmbito econômico, o valor da segurança jurídica guarda relação com outras utilidades advindas do conceito clássico de organização estatal, tal como aquelas tendentes a promover a segurança de empresas e cidadãos no campo militar, alimentar e energética, por exemplo.

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, já chamava a atenção para esse grave problema⁶³².

Tentando delimitar o aspecto funcional-sociológico ⁶³³ da segurança

⁶³⁰ *Segurança jurídica: o caminho para um bom ambiente de negócios*. Disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/seguranca-juridica/>.

⁶³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 92.

⁶³² “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”. CARNELLUTTI, Francesco. *La Certeza del Diritto*. In Rivista de Diritto Civile, n. 20, 1942, p. 81.

⁶³³ 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

jurídica, Canotilho ⁶³⁴ lembra a necessária calculabilidade e previsibilidade quanto aos efeitos dos atos.

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 ⁶³⁵. A relevância dessa *norma-princípio* foi bem destacada na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil ⁶³⁶.

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.

⁶³⁴ O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente 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,

4. SEGURANÇA JURÍDICA E POLÍTICA JUDICIÁRIA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

O prestígio do princípio constitucional da segurança jurídica materializou-se no texto do novo *codex* em diversas passagens e institutos processuais ⁶³⁷, sendo certo que sua associação teleológica mais marcante se deu no campo da disciplina dos precedentes judiciais.

O objetivo central do sistema de precedentes, portanto, é a concretização do princípio da segurança

designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Almedina, Coimbra, 2000, p. 256.

⁶³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 721.

⁶³⁶ O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole 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. 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.

⁶³⁷ 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.

jurídica⁶³⁸, 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 teóricos e práticos para a esmerada 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 jurisdicional⁶³⁹. Nessa linha, Rodolfo de Camargo Mancuso manifesta sua preocupação com a dispersão excessiva da jurisprudência e a busca de um patamar de segurança jurídica e tratamento isonômico do jurisdicionado⁶⁴⁰.

⁶³⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *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.

⁶³⁹ 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.

⁶⁴⁰ *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 desnorreia 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 judicializadas e propicia a*

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

Rompendo com a indiferença de seu antecessor em relação ao tema dos

precedentes judiciais⁶⁴¹, o CPC/2015 valorizou fortemente a uniformização da jurisprudência que, na dicção do seu Art. 926, deve ser mantida “estável, íntegra e coerente”⁶⁴².

Não se trata de uma modificação institucional-jurídica qualquer. Apesar das mudanças graduais que já vinham ocorrendo, pelo menos⁶⁴³, 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 o Código de 2015 que efetivamente se consolida um arcabouço legislativo e teórico⁶⁴⁴ estruturado acerca do denominado Sistema de Precedentes.

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. 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.

⁶⁴¹ 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”.

⁶⁴² CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Breves notas sobre as inovações do novo Código de Processo Civil. In: CARNEIRO, Paulo César Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; GRECO, Leonardo (coords.). Inovações do Código de Processo Civil de 2015. Rio de Janeiro, 2016, p. 11.

⁶⁴³ 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).

⁶⁴⁴ Ilustrando esse fenômeno, em 2017, Hermes Zaneti Junior já contabilizava, nada menos, que 33 livros e artigos científicos sobre o tema dos

Para alguns,⁶⁴⁵ 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 representa, talvez, a mais valiosa novidade inaugurada pelo Código de 2015⁶⁴⁶.

O fortalecimento da jurisprudência e a sistematização do

sistema de precedentes foram, portanto, 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

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*; Josér 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*.

⁶⁴⁵ 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.

⁶⁴⁶ 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.

professava o grande mestre José Carlos Barbosa Moreira, há duas décadas⁶⁴⁷:

Desde a sua criação (com a Emenda Constitucional n. 45, de 2005), o CNJ tem buscado se consolidar como o órgão central de planejamento e coordenação de políticas judiciais nacionais que visam uniformizar, racionalizar e automatizar procedimentos e processos necessários ao aprimoramento da prestação jurisdicional⁶⁴⁸. E uma das ferramentas

mais importantes nessa marcha foi a institucionalização da cultura do Planejamento Estratégico⁶⁴⁹, no âmbito do Poder Judiciário, a partir do final da Década de 2000⁶⁵⁰. Representando o terceiro ciclo dessa nova cultura gerencial, a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026, instituída pela Resolução CNJ n.º 325, de 30 de junho de 2020, definiu as diretrizes nacionais da atuação institucional dos

⁶⁴⁷ *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.* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos. In Temas de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10-11.

⁶⁴⁸ 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.

⁶⁴⁹ 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”.

⁶⁵⁰ “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 judiciais, 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).

órgãos do Poder Judiciário para o próximo sexênio⁶⁵¹.

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 - CPC, 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”⁶⁵².

Traduzindo o significado da inclusão desse macrodesafio, no âmbito da Estratégia Nacional do Poder Judiciário, o Guia de Gestão de Política Judiciária Nacional ⁶⁵³ 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”. 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 sociedade⁶⁵⁴. 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”⁶⁵⁵.

Caracterizado substancial e formalmente como um elemento de política judiciária nacional pelo CNJ, 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

⁶⁵¹ CNJ. *Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2021-2026/>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

⁶⁵² Idem. Ibidem.

⁶⁵³ 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.

⁶⁵⁴ BRASIL. *Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex ante*. Vol. 1. Brasília: Ipea, 2018, p. 13.

⁶⁵⁵ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Política Pública em Dez Passos*. Brasília, 2021, p. 10.

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”⁶⁵⁶.

CONCLUSÃO

A abertura do Direito ao conhecimento interdisciplinar passou a figurar como algo essencial ao adequado entendimento do fenômeno jurídico nos tempos modernos, de forma que tem se tornado cada vez mais constante a utilização de métodos científicos e modelos consagrados por outros ramos do saber no esforço de melhor compreender estruturas e institutos jurídicos.

Ocupa espaço central nesse esforço interdisciplinar a tentativa de compreensão dos modelos teóricos e técnicas consagradas pela ciência econômica, deixando cada vez mais profícua a relação entre o Direito e a Economia e a cada dia mais presente, na academia jurídica, estudos baseados na disciplina da Análise Econômica do Direito.

Dentre as abordagens econômicas possíveis para realização desses estudos, destaca-se a escola conhecida como Nova Economia Institucional, que tem, dentre seus principais pensadores, o economista Douglas North, ganhador do Prêmio

Nobel de Economia de 1993. Para os integrantes dessa escola econômica, as instituições (formais e informais) de um país são determinantes para o seu sucesso ou fracasso em termos econômico-sociais, pois são elas que definem os custos de transação e de produção de um ecossistema econômico, bem como a estrutura de incentivos oferecida aos indivíduos e organizações que dele fazem parte.

Partindo dessa premissa, há, atualmente, inúmeros esforços organizacionais voltados à avaliação/medição do grau de qualidade institucional dos países, de forma comparada. Tais avaliações levam em consideração a qualidade institucional dos países a partir de fatores como (i) eficiência processual, (ii) eficiência regulatória, (iii) incerteza legal, (iv) independência jurídica das cortes e (v) proteção da propriedade.

O Brasil ocupa boas posições em alguns dos fatores observados, enquanto em outros está bem aquém do que seria esperado para um país de seu porte/categoria (“renda média-alta”, segundo o Banco Mundial). Tal diagnóstico revela a necessidade de realização de algumas reformas institucionais, voltadas, justamente, a reverter esse quadro.

Dentre os fatores de qualidade institucional mal avaliados estão alguns daqueles que tentam capturar a percepção de famílias, cidadãos e empresários/investidores acerca da (in)

⁶⁵⁶ 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.

segurança jurídica no país, questão que representou uma das preocupações centrais do legislador do Código de Processo Civil de 2015.

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.

REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens da riqueza, da prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.
- 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.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-13.
- 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 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.
- 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 Pedrosa. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010, 249.
- 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, versão eletrônica.
- 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.p>

- hp/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.
- FUX, Luiz; ALI BRITO, Antonio. *Análise Econômica do Sistema Recursal Brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito Processual, [S. l.], v. 25, n. 2, 2024. DOI: 10.12957/redp.2024.85238. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/85238>. Acesso em: 15 set. 2024.
- GALANTER, Marc; EDWARDS, Mark Alan. *Law and society & law and economics: common ground, irreconcilable differences, new directions: introduction: the path of the law ands*. Wisconsin Law Review, n. 1997, v.3, p.375-389, 1997.
- 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.
- LOEVINGER, Lee. *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. Acesso em: 14 de agosto de 2022.
- 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. 42-52.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; DUTRA, Maurilio Guignoni; MENDES, Carolina Paes de Castro. *O Papel da Jurimetria na Avaliação de Políticas Judiciárias e na Efetivação do Sistema de Precedentes Obrigatórios*. Revista Eletrônica de Direito Processual, [S. l.], v. 25, n. 3, 2024. DOI: 10.12957/redp.2024.86367. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/86367>. Acesso em: 15 set. 2024.
- 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.
- NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- NORTH, Douglass C. *Institutions*. The Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, No. 1 (1991). P. 97-112.
- 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.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *Estudos em direito & economia: micro, macro e Desenvolvimento*. 1ed. Curitiba. Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017.
- 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. p. 33.
- 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.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 3 ed. Salvador. Editora Juspodivm, 2017.
- YUEH, Linda. *Os grandes economistas: como as suas ideias podem nos ajudar hoje*. Porto Alegre: L&PM, 2021.

OS EFEITOS DAS MUDANÇAS EFETIVADAS PELA LEI 14.879/24 NA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUAS RAZÕES E ADEQUADA APLICAÇÃO.⁶⁵⁷

THE EFFECTS OF THE AMENDMENTS MADE BY LAW 14.879/24 ON THE FORUM SELECTION CLAUSE: CONSIDERATIONS ON ITS RATIONALE AND PROPER APPLICATION.

Humberto Santarosa de Oliveira

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre e Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Rede de Ensino Luiz Flavio Gomes em parceria com a Uniderp. Pós-Graduado em Direito Processual pela UFJF. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Advogado.

RESUMO: A recente alteração na cláusula de eleição de foro, introduzida pela Lei 14.879/24, impôs uma restrição à liberdade das partes na escolha do juízo competente para resolver conflitos derivados dos negócios jurídicos. A lei, editada sob a justificativa de combate ao comportamento desleal, buscou, na verdade, restringir a entrada de processos sem vínculo territorial com os tribunais. Embora possa gerar críticas e elogios, é essencial determinar o momento de sua aplicação. A retroatividade da norma aos processos já distribuídos é inviável, mas sua aplicação imediata aos processos ainda não distribuídos é legalmente e jurisprudencialmente respaldada. Contudo, devido à relação entre o direito material e a norma de processo que a cláusula de eleição de foro representa, entende-se que a nova regra só deve ser aplicada aos contratos firmados após sua vigência, quando as partes já

tiverem ciência das novas disposições legais sobre as restrições de foro.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula de eleição de foro. Modificação pela Lei 14.879/24. Restrição da liberdade das partes. Aplicação da nova lei. Momento adequado.

ABSTRACT: The recent amendment to the forum selection clause, introduced by Law 14.879/24, has imposed a true restriction on the parties' freedom to choose the court to resolve disputes arising from the legal transactions. The Law, enacted under the reason of mitigating the parties' unfair behavior, was based on an attempt to restrict the filing of cases without jurisdictional ties to the courts. Although it may receive both criticism and praise, it is essential to determine the appropriate moment for its application. The retroactive application of the law to cases already

⁶⁵⁷ Artigo recebido em 25/03/2025 e aprovado em 26/03/2025.

filed is unfeasible, but its immediate enforcement to cases not yet filed is legally and by case law supported. However, due to the relationship between substantive law and the procedural rule represented by the forum selection clause, it is understood that the new rule should only apply to contracts entered into after its enactment, when the parties are already aware of the new legal provisions regarding forum restrictions

KEYWORDS: Forum Selection Clause. Amendment by the Law 14.879/24. Restriction of Parties' Freedom. Application of the New Law. Appropriate Time.

INTRODUÇÃO

A liberdade de contratar é princípio fundamental do direito material, cujo conteúdo encerra que as partes contratantes têm autonomia para decidir sobre a forma e o teor do negócio entabulado, desde que respeitadas as limitações do ordenamento. Inserida nessa liberdade de contratação inerente ao direito material, encontra-se a autonomia conferida às mesmas partes

de decidir a respeito do melhor local para resolver eventuais litígios decorrentes daquela negociação. É a chamada cláusula de eleição de foro: uma norma de natureza processual, inserta ou relacionada diretamente com um contrato que regula direitos, deveres, obrigações e ônus das partes. A normativa tem previsão legal no art. 63 do CPC, porém teve a redação recentemente alterada pela Lei 14.879/24, que será o objeto deste estudo.

Essa possibilidade de eleição do melhor foro pelas partes, evitando a prévia e geral determinação legal da competência, somente se verifica quando o negócio entabulado não tem relação com interesses públicos. Nestas hipóteses, as limitações legais são impositivas, dado que o ordenamento estabelece normas cujo critério de fixação da atribuição para julgar um processo é absoluto.⁶⁵⁸ Portanto, apenas quando em tratamento interesses privados, cujos critérios de fixação da competência são relativos, é que se admite a modificação da competência, seja de forma expressa, seja de forma tácita, pelas partes.⁶⁵⁹

⁶⁵⁸ A ideia por trás dessa divisão está centrada na preponderância do interesse público quando se pensa em competência absoluta, motivo pelo qual seriam inalteráveis por vontade dos sujeitos do processo, ao passo que a classificação com base na relatividade tem relação com interesses privados, passíveis de alteração, inclusive, por convenção entre as partes, Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* – vol. I. 63ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 173, 207 e 219.

⁶⁵⁹ No mesmo sentido, GALDINO, Flávio. Comentários ao art. 63. In *Comentários ao Novo*

Código de Processo Civil. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 111: “Desde longa data, então, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece às partes de um negócio jurídico a possibilidade de dispor sobre a competência relativa para processar e julgar determinados interesses privados, desde que não haja nenhum interesse público relevante para a prestação jurisdicional, estabelecido em uma norma sobre competência absoluta, sendo certo que o nosso ordenamento não autoriza algo como uma cláusula de eleição de juízo”.

Esse cenário de autonomia das partes, notadamente quando se fala em eleição expressa do foro, via cláusula inserida em negócio jurídico de direito material, sofreu modificação em razão da edição da Lei 14.879/24. O que antes se caracterizava por um grande espaço de liberdade das partes na escolha do local competente para julgar a causa derivada daquele negócio jurídico de direito material, a atual legislação, recentemente promulgada, impôs restrições aos litigantes.⁶⁶⁰

Nos dias de hoje, somente se permite às partes a escolha de dois locais diversos da regra geral (foro do domicílio do réu, art. 46, do CPC) para o processamento de demandas em que se debate direito pessoal ou direito real sobre bem móvel sem qualquer interesse público subjacente: o foro do domicílio do autor ou o foro que guarde pertinência com o local da obrigação.

A norma foi alvo de críticas, mas também encômios, as quais estão embasadas, de forma bem resumida, e respectivamente, na limitação infundada da autonomia das partes e na deslealdade dos contratantes em razão da ampla liberdade de escolha do foro. Ainda na porção dos elogios, haveria também a ideia, pouco explorada, de interesse da administração da justiça

local em limitar a sua esfera de atuação, o que encontraria fundamento nas noções de federalismo.⁶⁶¹

De toda forma, defendendo a nova lei, ou criticando a sua previsão, as alterações na regra estão em pleno vigor, não se tendo notícias, até o presente momento, de qualquer debate questionando, por meio de controle concentrado, a sua constitucionalidade.

Vigente a norma, é preciso tecer algumas considerações a respeito do que se entende ser a melhor forma de interpretar a nova legislação, isso tendo em vista tanto os problemas a respeito do efetivo momento de vigência das novas regras, se são aplicadas retroativamente ou não, como pela forma que esta norma de natureza processual deve ter a sua incidência interpretada, isso tendo em mente que uma cláusula de eleição de foro está sempre relacionada a uma norma de direito material – ela não tem validade ou existência como algo geral e abstrato, estando sempre associada a um negócio.

O mote da pesquisa é encontrar caminhos para que a aplicação das normas do ordenamento possa se mostrar coesa, respeitando as limitações legais, mas também observando as particularidades dos

⁶⁶⁰ Não há aqui espaço para uma análise mais profunda, todavia, as alterações legais tangenciam a inconstitucionalidade, pois limitam desproporcionalmente a autonomia privada das partes, isso em um contexto histórico que sempre admitiu a escolha, desde que não abusiva – até porque, liberdade e igualdade são pressupostas de si mesmas.

⁶⁶¹ Não há espaço aqui para desdobramentos minuciosos sobre a questão, nem mesmo na

parte referente à essa suposta legitimidade das administrações das justiças locais em restringir, em razão de interesse próprio, normas de competência territorial. De toda forma, para compreender, de forma geral, a ideia do federalismo ligada ao direito processual, remete-se o leitor para SOKAL, Guilherme Jales. *O Novo CPC e o Federalismo*. Disponível em https://www.academia.edu/26658300/O_Novo_CPC_e_o_federalismo. Acesso em 19 mar. 2025.

institutos e das novas legislações, cujas especificidades impõem interpretações adequadas às suas características e propriedades.

1 A LEI QUE MODIFICOU A CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO E AS RAZÕES PARA SUA EDIÇÃO

É bizantina a dicotomia entre *mens legis* e *mens legislatoris* quando se fala em hermenêutica. A primeira, de vertente objetiva, busca interpretar o texto legal a partir de sua própria redação, afirmando que ela possui sentido próprio, o qual se extrai da consideração de uma série de fatores (inclusive, sociais). Já a segunda, de matiz subjetivo, atenta-se diretamente para a intenção do legislador ao criar a norma, ou seja, o verdadeiro sentido do texto somente seria alcançado ao buscar a vontade daquele que editou a norma.⁶⁶²

⁶⁶² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito* – técnica, decisão e dominação. 10 ed., São Paulo: Atlas, 2018, e-book. Em didática exposição, assenta o autor: “Essa oscilação entre um fator subjetivo – o pensamento do legislador – e outro objetivo – o ‘espírito do povo’ – torna-se assim um ponto nuclear para entender o desenvolvimento da ciência jurídica como teoria da interpretação. Em meados do século XIX, ocorre, assim, na França e na Alemanha, uma polêmica. De um lado, aqueles que defendiam uma doutrina restritiva da interpretação, cuja base seria a vontade do legislador, a partir da qual, com o auxílio de análises linguísticas e de métodos lógicos de inferência, seria possível construir o sentido da lei (‘Jurisprudência dos Conceitos’, na Alemanha, e ‘Escola da Exegese’, na França). De outro lado, foram aparecendo aqueles que sustentavam que o sentido da lei repousava em

Não se tem aqui pretensão alguma de esmiuçar o intrincado debate, tampouco solucioná-lo, afinal, há embasadas justificativas de ambos os lados na defesa de suas posições. Como adverte a doutrina, “a polêmica, como se vê, pela força de seus argumentos e contra-argumentos, não se resolve.”.⁶⁶³ O que é importante destacar neste momento é a possibilidade de trabalhar com a noção de *mens legislatoris* na interpretação das normas, uma questão que ganha ainda mais relevância nos dias atuais, em que “tende-se a privilegiar a vontade do legislador e a fazer prevalecer as soluções legislativas sobre as judiciais que, a todo custo e no máximo possível, devem a elas conformar-se”.⁶⁶⁴

É com base nessa possível atenção ao que se denominou de “vontade do legislador” que o presente tópico se ocupará, até porque, e como se verá adiante, há peculiares e particulares razões e motivações para a

fatores objetivos, como os interesses em jogo na sociedade (‘Jurisprudência dos Interesses’, na Alemanha), até que, já no final do século XIX e início do século XX, uma forte oposição ao ‘conceptualismo’ desemboca na chamada escola da ‘libre recherche scientifique’ (livre pesquisa científica) e da ‘Freirechtsbewegung’ (movimento do direito livre) que exigiam que o intérprete buscasse o sentido da lei na vida, nas necessidades e nos interesses práticos.”.

⁶⁶³ *Idem*.

⁶⁶⁴ *Idem*. Em sentido semelhante, também ressaltando a busca por velhas práticas interpretativas como adequadas a determinadas situações, ver STRECK, Lenio. “*Mens legislatoris*” e “*mens legis*” dão razão ao ministro Marco Aurélio!. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-out-13/streck-mens-legislatoris-mens-legis-dao-razao-marco-aurelio/>. Acesso em 19 mar. 2025.

edição da Lei 14.879, cujos pontos muito dizem sobre o “verdadeiro sentido” da norma e que, na visão aqui defendida, acabam influenciando na busca por saídas interpretativas, especialmente para influenciar em sua não aplicação aos contratos firmados antes da edição da nova norma.

Feito o introito, em 04 junho de 2024 foi publicada a Lei 14.879, cujo objetivo foi a alteração do dispositivo que albergava a cláusula de eleição de foro. Segundo a própria legislação, a normativa modificou o art. 63, do Código de Processo Civil ao estabelecer que a eleição de foro deve “*guardar pertinência com o domicílio ou a residência de uma das partes ou com o local da obrigação*” (art. 63, §1º, do CPC) e que o “*ajuizamento de ação em juízo aleatório (...) constitui prática abusiva que justifica a declinação de competência de ofício*”. (art. 63, §5º, do CPC).

A lei, basicamente, limitou a autonomia da vontade das partes, restringindo o poder de escolha dos

contratantes sobre o foro mais adequado para a resolução dos conflitos que viessem a existir em razão dos negócios jurídicos por eles entabulados.⁶⁶⁵

Mais do que isso, a lei também assegurou que referida eleição das partes, se não atendessem as restrições prescritas, ou seja, caso eleito um foro diferente daqueles textualmente elencados pela nova redação do art. 63, §1º, do CPC, restaria caracterizada como escolha abusiva, a permitir o seu reconhecimento oficioso pelo juiz.⁶⁶⁶

Veja-se que a lei alterou paradigmas consolidados no ordenamento jurídico brasileiro, tendo se imiscuído em matéria que sempre integrou a liberdade contratual das partes, cuja regulação remonta aos tempos mais antigos.⁶⁶⁷ A modificação até teve uma suposta justificativa plausível para sua apresentação, a lealdade processual, princípio com previsão expressa no art. 5º, do CPC/15, norma fundamental do direito processual civil brasileiro, segundo o

⁶⁶⁵ Eis a nova redação do art. 63, §1º, do CPC: “A eleição de foro somente produz efeito quando constar de instrumento escrito, aludir expressamente a determinado negócio jurídico e guardar pertinência com o domicílio ou a residência de uma das partes ou com o local da obrigação, ressalvada a pactuação consumerista, quando favorável ao consumidor.”

⁶⁶⁶ Eis o texto do art. 63, §5º, do CPC, dispositivo este adicionada pela Lei 14.879/24: “O ajuizamento de ação em juízo aleatório, entendido como aquele sem vinculação com o domicílio ou a residência das partes ou com o negócio jurídico discutido na demanda, constitui prática abusiva que justifica a declinação de competência de ofício”

⁶⁶⁷ Neste sentido, ver a Nota Técnica ao Projeto de Lei nº 1.803/2023 da Câmara dos Deputados, que deu origem à lei em questão, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito Processual: “A eleição contratual de foro consiste em negócio jurídico processual dos mais antigos. Remonta ao direito romano (*pactum de foro prorogando*) e encontra similares em praticamente todos os sistemas jurídicos ocidentais. (...) A convenção de foro foi também expressamente prevista no primeiro diploma sistemático de processo civil do Brasil império, o Regulamento 737/1850 (art. 62). E esteve presente em todas as nossas codificações seguintes: (...)” (p. 2). Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2355765>. Acesso em 06 de janeiro de 2025.

qual “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Ora, que a lealdade processual deve ser um pressuposto na atuação das partes, comportamento este que deve espelhar todas as suas condutas e manifestações antes, durante e até mesmo depois do processo, não se tem dúvidas.⁶⁶⁸ Todavia, soa bastante evidente que ela, a lealdade, não poderia ser invocada com uma razão para justificar a modificação legislativa engendrada, seja porque a abusividade na eleição do foro já era possível de ser coibida oficiosamente, vide art. 63, §3º, do CPC, seja porque aquele que se sentisse prejudicado na elaboração de uma cláusula abusiva teria o direito de suscitar a sua ilegalidade na primeira oportunidade que teria para se manifestar no processo (art. 63, §4º, do CPC).

Vai-se além. Essa possibilidade de suscitar de ofício a incompetência por abusividade, ou seja, um claro contexto de deslealdade da parte, já era albergada pelo ordenamento, não sendo propriamente uma novidade no texto do CPC/2015, que apenas aprimorou a regulamentação.⁶⁶⁹

Assim, e a despeito de o Superior Tribunal de Justiça, de longa data, ter

enunciado sumular chancelando que “a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”⁶⁷⁰, desde o final do século passado a mesma Corte já proferia decisões protegendo os consumidores contra cláusulas de eleição de foro em contratos de adesão, o que tinha por base o texto do art. 54, do CDC. Com esse fundamento, umbilicalmente associado à proteção do direito constitucional à ampla defesa, a jurisprudência da Corte Superior permitia, em um caso de distinção ao seu enunciado sumular, o reconhecimento de ofício da nulidade da competência convencionada, justamente porque “a regra de que a competência relativa deve ser objeto de arguição pela parte, cede passo diante da garantia constitucional de defesa da parte (...)”.⁶⁷¹

O reconhecimento dessa exceção pela jurisprudência ecoou para o legislativo, que no ano de 2006 editou Lei 11.280, acrescentando um parágrafo único ao art. 112, do revogado Código de Processo Civil de 1973, estabelecendo “a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão,” a qual poderia “ser declarada de ofício pelo juiz”.⁶⁷²

Uma vez mais, a deslealdade das partes na eleição da cláusula de foro, a

⁶⁶⁸ Sobre a lealdade processual, e por todos, ver FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional*: em busca de um modelo de juiz leal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁶⁶⁹ No mesmo sentido, GALDINO, Flávio. Comentários ao art. 63. *Op. cit.*, p. 112.

⁶⁷⁰ Este é o exato texto da Súmula de Jurisprudência n. 33, do Superior Tribunal de Justiça, derivado de julgado realizado pela Corte Especial da referida Corte em 24/10/1991.

Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%2733%27.num.&O=JT>. Acesso em 19 mar. 2025.

⁶⁷¹ Neste sentido, exemplificativamente, REsp n. 120.673/SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 26/8/1997, DJ de 10/11/1997, p. 57772.

⁶⁷² Art. 112. (...). Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz,

intenção de lesar uma das partes, já tinha a sua tutela estabelecida pelo ordenamento, a qual foi aprimorada pelo texto do art. 63, §3º, que permitiu o reconhecimento oficioso até a citação, afinal, uma das críticas ao texto anterior era por não estabelecer o momento em que ocorreria o declínio de competência oficiosa, ao passo que estabelecia que a possibilidade de a parte oferecer exceção de incompetência, sendo que, não o fazendo, “impende presumir que o foro eleito não prejudicou a defesa e, portanto, a cláusula de eleição de foro não está eivada de nulidade”.⁶⁷³

Como se vê, não havia a necessidade de edição de uma nova norma modificando diretrizes seculares sobre a liberdade de contratar das partes, ainda mais com a justificativa de eventual deslealdade das partes na escolha do foro, não no sentido de prejudicar ou lesar a parte contrária, afinal, tais situações já tinham proteção normativa.

Em razão de todos estes apontamentos que desmentiam o legislador, e analisando de forma

minuciosa os trâmites legislativos da proposição, viu-se que o projeto de lei tinha, em verdade, outro pano de fundo: combater os “(...) *consideráveis congestionamentos processuais e, conseqüentemente, graves prejuízos à sociedade local*”, isso em razão de a cláusula de eleição do foro estar sendo utilizada pelas partes para direcionar suas demandas para “(..) *tribunais que apresentam melhores desempenhos no País, mesmo que não tenham qualquer relação com o caso em análise* (...)”.⁶⁷⁴

A justificativa acima, utilizada para endossar a constitucionalidade e juridicidade do projeto, não era novidade. Ela já tinha sido apresentada na própria exposição de motivos do projeto de lei, de autoria do Deputado Rafael Prudente. O congressista é direto e objetivo ao destacar que o “*TJDFT, que conquistou prêmio inédito de melhor tribunal do Poder Judiciário brasileiro (...) vem recebendo uma enxurrada de ações decorrentes de contratos que elegeram o Distrito Federal como foro de eleição para julgamento da causa*”.⁶⁷⁵

que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu. (Incluído pela Lei nº 11.280, de 2006).

⁶⁷³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130.

⁶⁷⁴ Esta foi a fundamentação utilizada para justificar a “constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação” do Projeto de Lei nº 1.803/2023, apresentada pela Deputada Erika Kokay, relatora do PL na CCJ da Câmara dos Deputados. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2355765>. Acesso em 06 de janeiro de 2025.

⁶⁷⁵ Eis a continuação da justificativa: “Portanto, a cláusula de eleição de foro deve ser usada com lealdade processual. Ocorre, contudo, que essa não tem sido a realidade prática. A título de exemplo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT, que conquistou prêmio inédito de melhor tribunal do Poder Judiciário brasileiro (Prêmio CNJ de Qualidade, na categoria Excelência), vem recebendo uma enxurrada de ações decorrentes de contratos que elegeram o Distrito Federal como foro de eleição para julgamento da causa, mesmo sem qualquer relação do negócio ou das partes com a localidade, pelo fato de que, no TJDFT, os processos tramitam mais rápido do que na maior parte do país.”. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fic>

Como se pode verificar, a verdadeira razão para a aprovação da alteração da legislação não foi qualquer tipo de abusividade pelas partes na escolha do foro competente para dirimir seus futuros conflitos. A real motivação para a modificação não foi a falta de lealdade processual das partes na escolha do foro. Se a causa fosse realmente essa, qual seja, leviandades comportamentais dos sujeitos do processo na escolha da regra, então alteração alguma na lei se mostraria necessária, poderia o juízo atentar para a previsão do art. 63, §3º, que já admitia o reconhecimento oficioso da abusividade (que, como se viu, aperfeiçoou o sistema pretérito), ou então a parte teria ao seu dispor a possibilidade de suscitar tal nulidade em sede de contestação, art. 63, §4º

(“citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão”).

Nem se diga que a parte poderia, ainda, invocar a doutrina do *forum shopping* e do *forum non conveniens*,⁶⁷⁶⁻⁶⁷⁷ já difundida em nosso ordenamento, a despeito de o instituto ainda ter sua aplicação questionada por falta de previsão legal.⁶⁷⁸

Pela leitura das justificativas acima reveladas, o que realmente se pretendeu com a mudança legal foi a diminuição do volume de trabalho por parte de parcela da magistratura, que entendeu estar julgando muitos processos que não seriam relacionadas com as suas atribuições ou não estariam relacionadas com a sua região

hadetramitacao?idProposicao=2355765.

Acesso em 06 de janeiro de 2025

⁶⁷⁶ A respeito, PEIXOTO, Ravi. O *forum non conveniens* e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade. In *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 278, p. 381-415, mai/2018, versão eletrônica; BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. In *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 219, p. 13-41, mai/2013, versão eletrônica.

⁶⁷⁷ Em sede jurisprudencial, o tema já foi abordado em algumas decisões, a saber: CC n. 199.079/RN, relator Ministro Moura Ribeiro, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 13/12/2023, DJe de 18/12/2023; AgInt no AREsp n. 2.353.482/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 29/5/2024;

⁶⁷⁸ É o que vaticinava BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas relativos a litígios internacionais. *Temas de direito processual*: 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 145: “O princípio subjacente é o de que a atribuição de competência não obriga determinada Justiça, sob quaisquer circunstâncias, a atuar quando

solicitada: deixa-lhe certa margem de discricção, de que ela se valerá para recusar a causa, sempre que tenha razões de peso para considerar-se a si própria como um 'foro inconveniente' (*forum non conveniens*). Inexiste no Brasil, quer na doutrina, quer na jurisprudência, elaboração que possa equiparar-se a essa.”. Essa crítica à aplicação da referida doutrina no ordenamento brasileiro, notadamente a do *forum non conveniens*, inclusive citando as duas oportunidades que o STJ teria, à época, negado a sua aplicação, justamente por falta de norma específica a autorizá-la (como propalado por Barbosa Moreira), é realizada por PEIXOTO, Ravi. O *forum non conveniens* e o processo civil brasileiro ... *Op. cit.* O autor, todavia, refuta tal argumentação, defendendo que a adoção da teoria não dependeria de norma expressa, pois “teria por base uma nova compreensão do juiz natural para além de uma visão extremamente rígida e focada na suficiência, para um adequado funcionamento do sistema, de competência rígidas com vedação de qualquer discricionariedade.”.

de atuação,⁶⁷⁹ criando, para tanto, uma normativa limitadora da autonomia da vontade das partes.

Há várias críticas que poderiam ser feitas ao projeto, hoje lei em vigor, bem como já há algumas interpretações que vem sendo apresentadas para fugir das limitações de escolha estabelecidas pelo legislador reformista, notadamente interpretando o termo “aleatório”.⁶⁸⁰ No presente trabalho, as pretensões são mais específicas: a despeito de tudo o que se expôs, parte-se do pressuposto que a lei é válida e vigente para buscar definir a melhor interpretação sobre o momento em que a aplicação da nova Lei deverá ser exigida.

E como se verificará abaixo, as razões para a interpretação aqui apresentada, notadamente sobre o adequado momento de aplicação das novas previsões do art. 63, §1º e §5º, do CPC, acabam sendo influenciadas (e não determinadas) pelos motivos elencados para a edição da Lei

14.879/24. Tais questões funcionam como combustível para a busca de argumentos que impeçam uma aplicação imediata da norma no ambiente processual, seja porque isso contrariaria a própria lógica do instituto – um negócio jurídico processual dependente de um negócio jurídico de direito material, a tornar impossível a realização de uma análise isolada da cláusula de eleição de foro –, seja porque avilta de forma injustificada – ante os motivos para edição da lei acima explanados – a autonomia da vontade das partes.

2 AS INTERPRETAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DAS NOVAS REGRAS DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DO FORO

O art. 14 do CPC⁶⁸¹ traz em seu texto importante regra de direito processual, a qual prevê a aplicação imediata das normas processuais às ações em curso, porém, respeitando

⁶⁷⁹ A corroborar o exposto, veja-se a notícia veiculada no site do próprio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, cancelando tudo o que se expôs acima sobre as justificativas do projeto e a colaboração dos magistrados do TJDF-T na construção da nova norma. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2024/junho/1o-vice-presidente-do-tjdft-participa-de-assinatura-de-pl-que-limita-escolha-de-foro-judicial>. Acesso em 06 de janeiro de 2025.

⁶⁸⁰ Neste sentido, DIDIER JR., Fredie. Escolha de 'juízo aleatório', abuso do direito e controle pelo juiz. Disponível em <https://www.jota.info/artigos/escolha-de-juizo-aleatorio-abuso-do-direito-e-controle-pelo-juiz>. Acesso em 02 mar. 2025; DIDIER JR., Fredie. Pertinência do foro de eleição ao negócio onde está inserido. Disponível em

<https://www.jota.info/artigos/pertinencia-do-foro-de-eleicao-ao-negocio-onde-esta-inserido>. Acesso em 02 mar. 2025. Ver ainda AVELINO, Murilo. Modificações no art. 63 do CPC via Lei 14.879/24: 6 pontos de preocupação. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2024-jun-11/modificacoes-no-art-63-do-cpc-via-lei-14-879-24-6-pontos-de-preocupacao/>. Acesso em 02 mar. 2025.

⁶⁸¹ “Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.” Há disposição de igual teor no texto do art. 1.046, do CPC: “Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.”

aqueles atos já praticados. Consagra, assim, o chamado princípio do isolamento dos atos processuais,⁶⁸² uma regra de direito intertemporal.

Ainda que a norma em questão se mostre de singela interpretação, a questão da aplicação do direito processual no tempo está longe de ser tarefa fácil. O processo, como uma sequência de atos em cadeia, pode impor, por exemplo, que regras anteriores e revogadas se apliquem a situações procedimentais atuais.⁶⁸³ Trata-se de questão que claramente depõe contra a simplicidade e objetividade da previsão que determina a aplicação imediata das novas regras processuais.

A corroborar, basta pensar na previsão do art. 1.047, do CPC, segundo a qual “as disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas

ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência”, assim como na que estabelece o art. 1.046, §1º, que determina a aplicação das normas do CPC/1973 aos procedimentos sumário e especiais revogadas pelo CPC/2015 até a prolação da sentença em referidos casos.⁶⁸⁴ Tem-se, pois, dois claros e expressos exemplos de “exceção” ao princípio do isolamento dos atos processuais previstos no próprio Código.

Há, porém, inúmeras outras questões jurídicas, não positivadas, mas que se referem a questões e institutos processuais que podem ensejar interpretações episódicas de direito intertemporal, dando margem para interpretações divergente da regra geral. Isso pode depender, por exemplo, do momento em que a própria norma processual entrou em vigor,⁶⁸⁵ ou de quando uma decisão teria sido proferida

⁶⁸² “Portanto, o princípio que se aplica em matéria de lei processual no tempo, salvo disposição legal expressa em contrário, é o de que a lei processual nova se aplica de imediato aos processos pendentes, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, nos termos do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição”, cfr. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil – vol. 1. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 68.

⁶⁸³ Cfr. GRECO, Leonardo; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Breves notas sobre o Direito Intertemporal no advento do Código de Processo Civil. In CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). *Direito Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro. GZ Editora, 2017, p. 1.

⁶⁸⁴ Art. 1.046. (...) § 1º As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às

ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.

⁶⁸⁵ Para se ter uma ideia, entre a data de publicação da lei 13.105/15 até a sua entrada em vigor, o que ocorreria após 01 ano de sua publicação, ocorreu intenso debate sobre o dia que o CPC de 2015 entraria em vigor, se seria dia 16, se seria dia 17 ou se seria dia 18 de março, todos de 2016. A OAB chegou a fazer consulta junto ao CNJ, sendo que o Superior Tribunal de Justiça, por meio de seu pleno, editou enunciado administrativo pacificando a questão e assentando que o CPC entraria em vigor dia 18 de março de 2016. Apesar da duvidosa juridicidade texto, o enunciado trouxe segurança jurídica ao tema, findando com os intermináveis debates sobre a exata data de entrada em vigor do Código. Neste sentido, CARVALHO, Fabiano. Divergência doutrinária sobre a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil e propostas de solução. In Grandes Temas versão eletrônica. In YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa (Coord); DIDIER JR., Fredie (Coord. geral).

ou publicada ou publicizada, ou mesmo se os institutos novos previstos são automaticamente inseridos no processo já em trâmite. Essas soluções podem ser variadas, divergindo, pois, da aplicação imediata da nova norma processual.⁶⁸⁶

Para o presente trabalho, a primeira questão que deve ser levantada é a impossibilidade de retroação da Lei 14.879/24. Lembre-se que se trata de uma modificação legislativa referente a regras de competência, cuja aplicação rege-se no momento da distribuição ou do registro da petição inicial, exceto se houver supressão de órgão judicial ou alteração de regras de competência absoluta (art. 43, do CPC). A definição do juízo competente é, portanto, ato único, avulso por si só, que resolve em um único evento (distribuição ou registro) o órgão com a atribuição de julgar determinada causa.

Assim, as novas regras editadas pela Lei 14.879/24 não retroagem para abarcar processos já distribuídos e ainda tramitando no período anterior à vigência da lei. A regra do ordenamento é a perpetuação da competência (art. 43, do CPC), ou seja, distribuída a inicial, o juiz será o competente para julgar a causa até o proferimento da sentença, independentemente de modificações no

estado de fato ou de direito do objeto da demanda.

Uma importante observação mostra-se imperiosa. Como se viu, há duas exceções à *perpetuatio jurisdictionis*, extinção do órgão julgador e modificação de regra de competência absoluta. A respeito desta última, não se pode dizer que a nova roupagem conferida à cláusula de eleição de foro pela Lei 14.879/24 representaria uma modificação do seu *status* como “regra de competência relativa” para “regra de competência absoluta”, a incidir a exceção contida na parte final do art. 43, do CPC.

Tal justificativa, inadmissível, reitera-se, poderia ser usada como subterfúgio argumentativo em razão da previsão contida no §5º, do art. 63, que permite ao juiz conhecer de ofício o uso abusivo da escolha do foro, o que se verificaria se eleito um local diferente daqueles previstos no §1º do mesmo dispositivo legal (domicílio das partes e local da obrigação).

A contrapor o fundamento, lembre-se que a lei apenas limitou a eleição do foro, e não a eliminou. O cerne da norma continua sendo conferir às partes a oportunidade de escolher (ainda que sem maior liberdade) o local competente para dirimir o conflito, fato

Direito Intertemporal. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 7, p. 219-223.

⁶⁸⁶ Há dezenas de artigos escritos sobre os mais variados pontos de direito intertemporal, abordando os mais variados institutos de processo e a sua aplicação no tempo. Há ainda livros exclusivamente dedicados ao tema. Porém, a variedade de questões e soluções fogem ao tema deste artigo. A exemplificar o expor, ver CUNHA, Leonardo Carneiro da *Direito*

intertemporal e o novo Código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016; YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa (Coord); DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). *Direito Intertemporal. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.* Salvador: Juspodivm, 2016, v. 7; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). *Direito Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.

este que impede o seu reconhecimento como um critério absoluto de definição da competência.⁶⁸⁷

A reforçar, lembre-se que o próprio CPC, em sua redação originária, já trazia hipótese que permitia ao juiz reconhecer de forma oficiosa a escolha abusiva, vide previsão do art. 63, §3º, que não foi modificado pela Lei 14.879/24,⁶⁸⁸ e nem por isso se debatia sobre a sua condição de norma de competência absoluta.

Da mesma forma, ainda vige a previsão da lei material cível que estabelece o foro contratual, art. 78, do CC/02, segundo a qual “*nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes*”, a ratificar que as normas de competência estabelecidas em razão do território, como a cláusula de eleição de foro, continuam a ser um critério relativo de fixação da competência, ainda que a eventual

escolha abusiva pela parte possa justificar o seu reconhecimento oficioso pelo juiz.

Daí que, impossível a aplicação retroativa da norma sob a justificativa de a Lei 14.879/24 estabelecer um novo critério absoluto de fixação da competência só porque permitiu-se ao Judiciário o seu reconhecimento de ofício.

Em conclusão, o mínimo que se espera é que a Lei seja aplicada apenas para os casos distribuídos após a sua edição e vigência, em atenção ao art. 14 e 1.046, ambos do CPC, sendo que para as demandas já distribuídas, remanesce a escolha “aleatória” das partes, na forma do regramento anterior.

Esse, aliás, foi o recentíssimo entendimento exarado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, que em julgamento de Conflito de Competência, estabeleceu que, em atenção ao art. 14, do CPC, “aplica-se a nova redação do art. 63, §§ 1º e 5º, do

⁶⁸⁷ Este parece ser o entendimento da jurisprudência: “Frisa-se, por oportuno, que as partes continuam com a faculdade de negociar e eleger o foro que melhor lhes convém, com fundamento na sua autonomia privada e no viés democrático do processo, desde que dentro do critério legal de racionalidade, evitando-se escolhas abusivas ou eventual distorção do instituto jurídico” (CC n. 206.933/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 6/2/2025, DJEN de 13/2/2025). A doutrina que já escreveu sobre o tema parece comungar com referido entendimento: “A exigência de pertinência da cláusula de eleição de foro com o domicílio ou a residência das partes, ou com o local da obrigação, impede abusos e práticas desleais. Além disso, a possibilidade de declinação de competência de ofício pelo juiz, em casos de ajuizamento da demanda em juízo aleatório, garante uma aplicação mais adequada

das normas processuais, ainda que se trate de incompetência relativa (que, em princípio, não pode ser conhecida de ofício, nos termos das regras previstas nos §§ 1º a 3º do art. 64 e no art. 65 do CPC”, vide CARDOSO, Oscar Valente. Lei 14.879 e alterações sobre a cláusula de eleição de foro no código de processo civil. In *Revista de Processo*, vol. 1069, p. 325-336, nov/2024, versão eletrônica.

⁶⁸⁸ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também comunga com referido entendimento há anos, ou seja, permite o afastamento da cláusula de eleição de foro quando verificada, no caso concreto, sua abusividade ou na hipótese de verificado que a eleição inviabiliza ou dificulta o acesso à justiça. A exemplificar: AgInt no REsp n. 1.707.526/PA, 3ª Turma, DJe 19/6/2019, bem como AgInt no AREsp n. 2.489.955/RS, 4ª Turma, DJe de 16/10/2024.

CPC aos processos cuja petição inicial tenha sido ajuizada após 4/6/2024, data da vigência da Lei n. 14.879/2024 (art. 2º).⁶⁸⁹

3 A INTERPRETAÇÃO IDEAL: A CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO DEVE SER ANALISADA EM CONJUNTO COM O CONTRATO AO QUAL FAZ REFERÊNCIA

Pelo que se viu anteriormente, a nova Lei 14.879/24 não pode retroagir para atingir os processos já distribuídos ou registrados, ainda que essa (antiga) competência, aos olhos da nova lei, seja considerada abusiva. Como a aplicação das regras de competência deve atender ao previsto pelo ordenamento no momento da distribuição da ação, e tendo em vista que as normas processuais vigentes, via de regra, têm aplicação imediata (art. 14 e art. 1.046, ambos do CPC), então as novas previsões do art. 63, §1º e §5º, do CPC/2015 são aplicáveis ao contínuo à publicação da lei.

Nas palavras do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento finalizado em fevereiro de 2025, “(...) a nova redação do art. 63, §§ 1º e 5º, será aplicada aos

processos cuja petição inicial tenha sido distribuída após a sua vigência, na data de 4/6/2024 (art. 2º da Lei n. 14.879/2024).⁶⁹⁰

Ocorre que, a despeito dos consabidos e vetustos ensinamentos da doutrina processual a respeito da aplicação da lei processual no tempo,⁶⁹¹ bem como ciente do já propalado entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da aplicação imediata da nova Lei aos processos distribuídos a partir de 04 de junho de 2024, entende-se que a interpretação em questão não espelha o melhor sentido quando se pensa em cláusulas de eleição de foro. É preciso encontrar uma regra de direito intertemporal que melhor se ajuste à especificidade da matéria.

Segundo a legislação vigente, “a eleição de foro somente produz efeito quando constar de instrumento escrito, [e] aludir expressamente a determinado negócio jurídico” (art. 63, *caput*, parte inicial). O texto em questão, apesar de representar a redação alterada pela Lei 14.879/24, tem exatamente o mesmo sentido da norma revogada (redação original do CPC/2015). O mesmo pode ser dito com relação ao CPC/1973, que em seu art. 111, §1º,⁶⁹² também fazia

⁶⁸⁹ Cfr. CC n. 206.933/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 6/2/2025, DJEN de 13/2/2025. E continua o Tribunal: “6. (...) O estabelecimento desse marco temporal decorre da interpretação conjugada do art. 14 do CPC, que estabelece a Teoria do Isolamento dos Atos Processuais, e do art. 43 do CPC, segundo o qual a competência será determinada no momento do registro ou da distribuição da petição inicial. 7. Por outro lado, a nova legislação não será aplicada às demandas ajuizadas em momento anterior à sua vigência, sobrevivendo a prorrogação da competência

relativa - pelo foro de eleição - em razão da inércia da contraparte e da incidência da Súmula 33/STJ. (...)”.

⁶⁹⁰ *Idem*.

⁶⁹¹ GRECO, Leonardo. *Instituições ... Op. cit.*, p. 67-68. Sempre com as ressalvas acima apontados sobre as complexidades que podem surgir sobre o tema.

⁶⁹² Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território,

questão de apontar que o dispositivo legal só teria validade se associado a um negócio jurídico (de direito material).

Na mesma direção, a regra do Código Civil vigente, art. 78, também reflete previsão que já existia à época do CC/1916, o qual destacava que “nos contratos escritos poderão os contraentes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes”.⁶⁹³

E, ao se voltar ainda mais ao passado, o próprio Regulamento 737,⁶⁹⁴ de 25 de novembro de 1850, cujo objetivo era prever “a ordem do Juízo no Processo Commercial”⁶⁹⁵, já estabelecia que “obrigando-se a parte expressamente no contrato a responder em lugar certo, ahi será demandada, salvo si o autor preferir o fôro do domicílio” (art. 62).

Qual a razão para todo esse regresso histórico envolvendo as previsões de normas de processo, além das próprias leis materiais? A justificativa é muito simples, demonstrar que a cláusula de eleição de foro sempre esteve umbilicalmente ligada a uma

específica relação jurídica de direito material. A sua existência pressupõe, necessariamente, um negócio jurídico regulando os direitos e os deveres dos contratantes.

A relação aqui vai além da ideia do direito processual como instrumento do direito material.⁶⁹⁶ Como consabido, apesar de o direito processual ter suas próprias características, com uma relação jurídica diferente daquela de direito material, a sua verdadeira essência está na ideia de veicular uma pretensão de direito material, por meio da qual as partes afirmam a existência de ameaças ou violações aos seus direitos subjetivos. É inegável que existem institutos processuais, inclusive aqueles exercidos em juízo, cuja conexão com o direito material é mínima ou até indireta. No entanto, a relação com o direito material, de alguma forma, sempre estará presente.

E quando se pensa na cláusula de eleição de foro, a relação é ainda mais evidente. Essa norma de direito processual sempre esteve vinculada ao direito subjetivo discutido no contrato. A

elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

§ 1º. O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em 03 mar. 2025.

⁶⁹³ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 03 mar. 2025.

⁶⁹⁴ Segundo a doutrina, o Regulamento 737 teria sido o primeiro diploma de processo vigente no Brasil, a saber: “Direta ou indiretamente, nosso Processo Civil foi regido pelo Regulamento 737 até a promulgação do CPC de 1939, juntamente com as Ordenações do Reino. Tal regulamento

foi elogiado por muitos, criticado por outros, todos com boas razões”, cfr. GAIO JR., Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed.. Londrina: Thoth, 2024, p. 65. Uma mais abrangente e minuciosa análise do Regulamento 737 pode ser encontrada em TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 174-183.

⁶⁹⁵ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim0737.htm. Acesso em 03 mar. 2025.

⁶⁹⁶ Na sempre clássica lição de DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2013.

sua validade depende, necessariamente, do negócio jurídico subjacente, até porque, como sempre ressaltado pelo legislador ao longo dos anos, ela só produzirá “efeito quando constar de instrumento escrito” ou quando “aludir expressamente a determinado negócio jurídico”.

A cláusula de eleição de foro não existe e nem tem validade isoladamente, como uma norma de caráter geral e abstrato, aplicável a futuras e eventuais relações jurídicas de direito material ameaçados ou efetivamente violados.

Daí que a interpretação da regra que prevê a cláusula de eleição de foro jamais pode ocorrer de forma isolada, como se ela fosse uma “norma por si só”, ou, como se disse, uma norma geral e abstrata. Se há uma relação de dependência jurídica da eleição do foro com o contrato em que a regra é estabelecida, a sua leitura deve ocorrer sempre em atenção ao referido negócio jurídico de direito material.

Não se pode admitir a incidência da regra geral sobre a aplicação da lei processual no tempo (artigos 14 e 1.046, ambos do CPC) nestes casos em que a norma de processo existe em razão de um direito material específico, como é o caso da eleição de foro. A interpretação deve, portanto, compreender toda a lógica do negócio jurídico firmado, cujas razões e intenções de contratar também precisam influenciar na compreensão dessa norma de processo dependente.

Não é apropriado que a cláusula de eleição de foro, norma processual vinculada a um negócio jurídico específico, siga a mesma lógica das regras processuais gerais e abstratas, que regulam de forma ordinária o rito

comum das ações judiciais. Quando uma norma processual se vincula a um contrato firmado entre duas ou mais partes, todas as razões, premissas, pressupostos, lógica e finalidades do negócio jurídico subjacente devem ser consideradas na aplicação da cláusula de eleição de foro.

Aliás, parece evidente que a própria previsão da eleição do foro é uma das premissas negociais entabuladas entre as partes – seja estratégica, seja econômica. Ao negociar aquele contrato e toda a gama de direitos, deveres, ônus e obrigações, a cláusula que define a competência para julgar os futuros litígios derivados daquele ajuste é parte integrante da negociação realizada. Se assim for, não há justificativa, seja lógica, seja jurídica, para o tratamento isolado da cláusula de eleição de foro, como ocorre, por exemplo, com as previsões ordinárias das normas processuais abstratas e gerais, cuja incidência é imediata (arts. 14 e 1.046 do CPC).

Nestas hipóteses, portanto, a única saída para uma aplicação coesa da norma processual dependente do negócio jurídico material é interpretá-la de acordo com o momento em que o contrato foi entabulado. A previsão do brocardo *tempus regit actum* nestes casos deve prevalecer, com a aplicação da cláusula atentando-se para as normas vigentes no momento em que firmado o negócio jurídico de direito material, pois as razões que motivaram essa transação entre as partes também espelharam a escolha do foro.

Visto por outro prisma, mas sempre obedecendo ao mesmo racional, ou seja, que a cláusula de

eleição de foro deve ser interpretada à luz do momento em que firmado o contrato, é possível dizer que as normas processuais que regem a cláusula de eleição de foro devem ser aquelas vigentes quando o contrato foi entabulado. Em espectro comparativo, a ideia é semelhante ao previsto no art. 1.047, do CPC, segundo a qual as regras de direito probatório previstas no CPC/2015 somente se aplicam às provas requeridas ou determinadas de ofício após a sua vigência. Em outros termos, se uma prova for requerida ou determinada antes desse momento, então aplica-se as normativas do CPC/1973 – ainda que o CPC/2015 já estivesse em vigor.

Não se pode concordar com um entendimento divergente do exposto; caso contrário, seria preferível desconsiderar qualquer regulamentação sobre a eleição de foro, seja a atual ou a revogada. Isto porque, se é possível alterar aleatoriamente (para usar a expressão da nova lei) a base de condicionantes sobre as quais as partes acordaram seus negócios, então toda decisão sobre a eleição do foro será inepta, pois o legislador, ao alvedrio das partes, pode alterar as regras processuais no meio do jogo. Não se pode permitir que novas leis

processuais alterem situações previamente estabelecidas pelas partes, o que se acordou à luz da legislação anterior. Não há lógica jurídica em uma situação como essa.⁶⁹⁷

Portanto, considerando a recente alteração da cláusula de eleição de foro, pode-se afirmar, com base no exposto, que as novas regras só se aplicarão aos contratos firmados a partir de 4 de junho de 2024, data da publicação e entrada em vigor da norma, e não como interpretou o Superior Tribunal de Justiça, valendo para todas as demandas ajuizadas após referida data, ainda que tais ações derivem de contratos anteriores ao dia, mês e ano de publicação da Lei 14.879/24.

Para todos os contratos firmados antes da vigência da lei, o que deve valer são as regras existentes e válidas de quando entabulado o contrato (redação original do CPC/2015, ou mesmo a redação do CPC/1973), respeitando aquela maior liberdade de escolha das partes, e não a limitação atualmente prevista no art. 63, §1º. E se a regra anterior à Lei 14.879/24 deve ser aplicada a todos os contratos firmados até de 04 de junho de 2024, por certo que não se pode permitir o reconhecimento oficioso pelo juízo de sua incompetência, na forma do novel

⁶⁹⁷ Daí não concordar com a decisão exarada no CC 206.933, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que fixou como premissa a data de edição e promulgação da Lei 14.879/24 como marco temporal para incidência das novas regras. Inclusive, a respeito desse ponto de divergência, o trecho a seguir é salutar: “(...) 19. Destarte, tratando-se de norma de natureza eminentemente processual (eleição de foro), é desimportante questionar a data da celebração da convenção processual, devendo-se observar

apenas a data do ajuizamento da ação como marco temporal para a aplicação da nova lei. Veja-se que é somente a partir do ajuizamento e distribuição da demanda que o juiz poderá apreciar a sua competência e, quando identificada abusividade na cláusula contratual, declinar de ofício ao Juízo competente. (...)” (CC n. 206.933/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 6/2/2025, DJEN de 13/2/2025).

art. 63, §5º, até porque inexistente abuso pelas partes quando a escolha do foro foi realizada no momento em que não havia restrição legal quanto ao local de processamento da demanda.

CONCLUSÃO

A Lei 14.879/24, ao restringir a liberdade de escolha do foro pelas partes, limitou a autonomia contratual e impôs novas diretrizes para a eleição de foro, com o objetivo declarado de combater o fenômeno do *forum shopping* aliado à má-fé processual. Apesar de fundamentada na busca pela lealdade e eficiência, a alteração legislativa parece ter como principal motivação a redução da carga de trabalho de determinados tribunais, notadamente do TJDF, o que claramente enfraquece a autonomia privada, garantia fundamental de matriz constitucional.

A despeito de várias críticas que a modificação mereça, a sua validade é (ainda) inquestionável, a revelar necessário o estudo para melhor tratamento e aplicação do tema. A primeira conclusão alcançada foi no sentido de que as novas regras estabelecidas pela Lei 14.879/2024 não devem ser aplicadas retroativamente aos processos em curso antes de sua publicação e vigência. A perpetuação da competência garante que a competência é definida no momento da distribuição ou registro da petição inicial, mesmo com modificações legislativas posteriores.

Ademais, anotou-se que alteração perpetrada não transforma a

cláusula de eleição de foro em uma norma de critério absoluto de definição da competência, ainda que possível o reconhecimento oficioso pelo juízo. Mantida a opção de escolha pelas partes, ainda que reduzida, incólume resta a sua utilização como critério relativo de fixação da competência, o que importaria a sua aplicação apenas aos processos iniciados após a sua vigência. Esse, inclusive, foi o recente entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, em conflito de competência julgado por sua Segunda Seção.

Ainda que as percepções doutrinárias e jurisprudenciais levem ao entendimento de que a Lei 14.879/24 se aplicaria automaticamente aos processos iniciados após a vigência da normativa, no presente estudo defendeu-se posição diferente. A visão aqui apresentada entende que a cláusula de eleição de foro deve ser interpretada de forma integrada ao contrato em que inserida ou referida, considerando sempre o contexto desse negócio jurídico subjacente.

A lógica é que a nova Lei não deve ser aplicada, retroativamente, aos contratos firmados antes de sua vigência, pois a cláusula de eleição de foro foi debatida e firmada juntamente com o negócio jurídico de direito material. Inclusive, defendeu-se que a própria negociação do foro é inerente e integrante do racional do contrato firmado, o que revelaria uma odiosa surpresa para as partes inviabilizar a incidência de regras discutidas quando vigente a plena liberdade de eleição do foro.

Concluiu-se, pois, que para os contratos firmados anteriores a 04 de junho de 2024 prevaleceriam as normas vigentes na época da celebração do contrato, garantindo a liberdade de escolha do foro, sem a limitação imposta pela nova legislação. Uma vez mais, a interpretação isolada da cláusula de eleição de foro, desvinculada do contexto contratual, seria inadequada, pois desconsideraria a lógica e as intenções das partes no momento da negociação, tornando a autonomia privada letra morta.

REFERÊNCIAS

- AVELINO, Murilo. Modificações no art. 63 do CPC via Lei 14.879/24: 6 pontos de preocupação. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2024-jun-11/modificacoes-no-art-63-do-cpc-via-lei-14-879-24-6-pontos-de-preocupacao/>. Acesso em 02 mar. 2025.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas relativos a litígios internacionais. Temas de direito processual: 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. In Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 219, p. 13-41, mai/2013, versão eletrônica.
- CARDOSO, Oscar Valente. Lei 14.879 e alterações sobre a cláusula de eleição de foro no código de processo civil. In Revista de Processo, vol. 1069, p. 325 – 336, nov / 2024, versão eletrônica.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). Direito Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil.. Rio de Janeiro. GZ Editora, 2017.
- CARVALHO, Fabiano. Divergência doutrinária sobre a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil e propostas de solução. In Grandes Temas versão eletrônica. In YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa (Coord); DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). Direito Intertemporal. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 7, p. 219-223.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Direito intertemporal e o novo Código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. Escolha de 'juízo aleatório', abuso do direito e controle pelo juiz. Disponível em <https://www.jota.info/artigos/escolha-de-juizo-aleatorio-abuso-do-direito-e-controle-pelo-juiz>. Acesso em 02 mar. 2025;
- _____. Pertinência do foro de eleição ao negócio onde está inserido. Disponível em <https://www.jota.info/artigos/pertinencia-do-foro-de-eleicao-ao-negocio-onde-esta-inserido>. Acesso em 02 mar. 2025.
- FARIA, Márcio Carvalho. A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão e dominação. 10ed., São Paulo: Atlas, 2018, e-book.
- GAIO JR., Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil. 6ª ed.. Londrina: Thoth, 2024.
- GALDINO, Flávio. Comentários ao art. 63. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coords.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. Introdução ao Direito Processual Civil – vol. 1. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GRECO, Leonardo; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Breves notas sobre o Direito Intertemporal no advento do Código de Processo Civil. In CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). Direito Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil.. Rio de Janeiro. GZ Editora, 2017, p. 1-17.
- DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. 15ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2013.
- PEIXOTO, Ravi. O forum non conveniens e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade. In Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 278, p. 381-415, mai/2018, versão eletrônica.
- SICA, eitor Vitor Mendonça Comentários ao art. 63. In Comentários ao Novo Código de Processo Civil. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- SOKAL, Guilherme Jales. O Novo CPC e o Federalismo. Disponível em https://www.academia.edu/26658300/O_Novo_CPC_e_o_federalismo. Acesso em 19 mar. 2025.
- STRECK, Lenio. "Mens legislatoris" e "mens legis" dão razão ao ministro Marco Aurélio!. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-out-13/streck-mens-legislatoris-mens-legis-dao-razao-marco-aurelio/>. Acesso em 19 mar. 2025.
- TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. I. 63ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa (Coord); DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). Direito Intertemporal. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 7.

ASPECTOS PROCESSUAIS SOBRE A PROVA DIGITAL: A LEGITIMIDADE DA DECISÃO NO CONTEXTO DA VIRADA TECNOLÓGICA.⁶⁹⁸

PROCEDURAL ASPECTS ON DIGITAL EVIDENCE: THE LEGITIMACY OF THE DECISION IN THE CONTEXT OF THE TECHNOLOGICAL TURNAROUND.

Igor Alves Noberto Soares

Doutorando e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas e da Universidade Federal de Ouro Preto. Professor dos Cursos de Especialização Lato Sensu da Pontifícia Universidade Católica de Minas. Membro do Instituto de Ciências Penais, do Núcleo de Pesquisa Redes de Direitos Humanos (PPGD/PUC Minas) e da Rede Brasileira Direito e Literatura. Advogado. E-mail: igor.ansoares@yahoo.com.

Vicente de Paula Maciel Júnior

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito e ao Curso de Graduação da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Realizou estágio pós-doutoral na Universidade de Roma La Sapienza. Coordenador de Pesquisa em Processo Coletivo e do Projeto de Pesquisa Processo Coletivo Eletrônico. Membro da Associação Studium Internationalis. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região. E-mail: vicentemacjr@gmail.com.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo expor os reflexos da virada tecnológica no Direito Processual, com destaque aos contributos sobre a Teoria da Prova, e os novos contornos possibilitados pela democratização do processo. A partir do uso da tecnologia nos atos procedimentais e a noção de autonomia do acesso à informação, percebe-se certa preocupação para impedir avanços autoritários ou a desconsideração de garantias processuais no curso dos procedimentos judiciais. Essa tendência

é reforçada quando a atividade decisória é analisada sob o prisma do uso tecnológico, seja quando da produção de uma prova digital ou da prolação de uma decisão sustentada pelo uso da inteligência artificial. Nessa medida, a presente pesquisa problematizou se a utilização da tecnologia na produção do elemento probatório e na prolação da decisão encontra limites a partir do modelo constitucional de processo. São objetivos da pesquisa: (i) perquirir o conceito de virada tecnologia no contexto do Direito Processual; (ii)

⁶⁹⁸ Artigo recebido em 04/04/2023 e aprovado em 22/09/2023.

relacionar os aspectos fundamentais da prova digital a partir da cadeia de custódia; (iii) encontrar a legitimidade das decisões judiciais a partir do modelo constitucional de processo; (iv) propor estratégia processual para garantir a validade da decisão a partir do controle permitido pela produção da prova. Por meio da utilização do método hipotético-dedutivo, a partir de pesquisa exploratória baseada em revisão bibliográfica, conclui-se que a utilização da tecnologia nos atos processuais possui óbices concretos a partir da produção da prova, o que exige a prolação de decisões sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, além de observar a cadeia de custódia para a formação das provas digitais utilizadas como fundamento dos pronunciamentos judiciais. A legitimidade da decisão judicial permeada pelo uso da tecnologia está concentrada justamente na garantia de controle dos sujeitos processuais sobre o pronunciamento que lhes afetará, com o fim de impedir o avanço autoritário ou o desvio probatório a partir do contraditório.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual; Democracia; Teoria Geral da Prova; Prova Digital; Legitimidade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to expose the effects of the technological turnaround in Procedural Law, with emphasis on the Theory of Evidence, and the new contours made possible by the democratization of the process. From the use of technology in procedural acts and the notion of autonomy of access to information, one

can see a certain concern to prevent authoritarian advances or the disregard of procedural guarantees during judicial proceedings. This tendency is reinforced when the decision-making activity is analyzed from the perspective of technological use, whether when producing digital evidence or delivering a decision supported using artificial intelligence. To this extent, this research questioned whether the use of technology in the production of evidence and the rendering of the decision has limits based on the constitutional model of process. The research objectives are: (i) to investigate the concept of technological change in the context of Procedural Law; (ii) relate the fundamental aspects of digital evidence from the chain of custody; (iii) find the legitimacy of judicial decisions based on the constitutional model of process; (iv) propose a procedural strategy to guarantee the legitimacy of the decision based on the control of the evidence. By using the hypothetical-deductive method, from an exploratory research based on bibliographic review, it is concluded that the use of technology in procedural acts has concrete obstacles from the production of evidence, which requires the rendering of decisions under the scrutiny of the ample defense and the adversarial process, in addition to observing the chain of custody for the formation of digital evidence used as grounds for the decisions. The legitimacy of the judicial decision permeated using technology is concentrated precisely in the guarantee of control of the procedural subjects over the pronouncement that will affect them, to prevent the authoritarian advance or the

evidence deviation from the contradictory.

KEYWORDS: Procedural Law; Democracy; General Theory of Evidence; Digital Evidence; Legitimacy.

INTRODUÇÃO

O movimento histórico-sociológico típico da transição entre o século XX e o século XXI, marcado pela refundação da práxis humana a partir das viradas cognitiva e tecnológica, influenciou sobremaneira a discussão sobre as consequências do desenfreado consumo de dados por instituições e pessoas.

Essa constatação promoveu inúmeras rupturas com o modelo antropológico vislumbrado até então, seja no uso da tecnologia ou na reformulação dos padrões humanos para a tomada de decisões. Logo, a crise da identidade humana acabou por indicar também uma mudança referente ao contexto neoliberal, o que influenciou sobremaneira a resolução dos conflitos e a nova posição processual diante deles.

As postulações perante os órgãos judiciários, agora não mais resumidas às questões patrimoniais ou de direitos meramente individuais, se intensificam na sociedade da superexposição, o que exigiu a adequada composição jurisdicional para resolvê-los. Temas como inteligência artificial, *legal design* e prova digital passaram a fazer parte da atuação dos sujeitos processuais, o que trouxe a necessidade de entender como as viradas cognitiva e tecnológica incidem sobre a conduta dos agentes no

curso dos procedimentos judiciais.

Nesse sentido, a partir do modelo constitucional de processo, questiona-se: considerando a virada cognitiva e a virada tecnológica, qual a legitimidade e o limite das decisões judiciais tomadas a partir da prova digital? Tal enfrentamento científico baseia-se, principalmente, na perspectiva da prova digital e da decisão advinda da inteligência artificial, cuja amplitude deve ser considerada legítima somente se seus institutos fundamentais se alinharem à plena efetividade das garantias processuais oriundas da ordem constitucional erigida a partir de 1988.

O presente artigo está organizado em três capítulos. No primeiro, serão apresentadas as consequências das viradas cognitivas e tecnológica, sobretudo sob o aspecto do acesso à informação. No segundo capítulo, discute-se a prova a partir do modelo constitucional de processo, da garantia decorrente da participação e as consequências ao procedimento. Por fim, o último capítulo propõe algumas conjecturas acerca da produção da prova na demarcação do uso da tecnologia, de modo a favorecer a possibilidade de construção da decisão que afetará os sujeitos processuais e extrair a legitimidade da decisão baseada na prova digital.

1. ASPECTOS ELEMENTARES SOBRE A VIRADA COGNITIVA E A VIRADA TECNOLÓGICA

Antes de adentrar aos aspectos preliminares sobre a virada tecnológica e a virada cognitiva, é importante delinear a pretensão deste capítulo.

Nesse ponto, é desejado apresentar como o uso da razão humana deixou de ser um mero aspecto filosófico para constituir-se um problema econômico e político, sobretudo pelo uso da tecnologia como técnica de gestão e superexposição – e não como meio de estratégia decisória compartilhada.

1.1 A SOCIEDADE DO SUPERINFORMACIONISMO: A *BIG DATA* E O CONTROLE DOS SUJEITOS

A experiência humana em sociedade mostra-se, antes de tudo, em constante contradição. A quebra dos paradigmas arrimados pelas premissas do capital, intensificadas com o cenário das desigualdades e das renovadas relações de poder, exigirá nova forma de agir e pensar. Não por menos, Boaventura de Sousa Santos sustentou as duas crises na ciência na formação dos sujeitos, quais sejam, a crise de crescimento e a crise de degenerescência, mormente na nova composição dos métodos interpretativos e na alteração do modelo que nos permite entender esses mesmos métodos, respectivamente.⁶⁹⁹

Essa característica é reflexo de uma sociedade transmutada em si mesma, que, alimentada pela capilaridade do sistema neoliberal, precisou criar estratégias para sustentar

as relações de poder pensadas a partir da criação da falácia da modernidade. Contudo, um fenômeno socialmente cativante marcou a transição entre os séculos XX e XXI: o uso da tecnologia no acesso à informação e aos meios de comunicação.

Se pensada a influência da tecnologia nas eleições ou até mesmo no processo decisório sobre questões cotidianas, é possível refletir sobre o perfil sociológico dos usuários das tecnologias de informação e comunicação, o que, por si só, é capaz de instrumentalizar os sujeitos para servir aos próprios eventos relacionados à tecnologia.

Antes mesmo de repensar as bases históricas do conhecimento, uma contradição deve ser apontada: é possível criar limites sobre o uso da tecnologia nas relações humanas? É possível substituir os sujeitos na realização das tarefas cotidianas, sejam elas de mera deliberação ou as mais complexas, quando se exige intensa reflexão sobre as garantias fundamentais de sujeitos diversos ou o contato com casos jurídicos de grande repercussão?

Para Dierle Nunes, o movimento iniciado no final da década de 1990 e intensificado no apogeu dos anos 2000, que demonstrou preocupação não somente com a utilização da tecnologia nas atividades humanas, mas também com os impactos dessa imposição, pode ser denominado virada tecnológica.⁷⁰⁰

Isso não significa dizer, decerto,

⁶⁹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

⁷⁰⁰ NUNES, Dierle. Processo civil, vieses cognitivos e tecnologia: alguns desafios, In:

que antes desse período inexistiu interferência da tecnologia no modo de agir das pessoas, basta lembrar do início da educação à distância ou da ampliação dos meios de comunicação em massa por meio do rádio. Contudo, foi na transição entre os anos de 1990 e 2000 que a tecnologia incorporou a experiência humana a partir de um caráter ontológico, na essência dos sujeitos em comunicação, de modo a alterar os próprios modelos comportamentais em sociedade.

Na mesma toada, Byung-Chul Han destacou as diversas consequências sobre a utilização da tecnologia, e, entre elas, está a falsa sensação de liberdade das pessoas. É que o novo modo de viver tornou o indivíduo mais vinculado às regras do poder, principalmente por meio de um vínculo psicológico que o faz acreditar ser livre e viver deliberadamente segundo a sua consciência, nos termos de uma suposta sensação de independência oriunda dos recursos tecnológicos.⁷⁰¹

Aliás, a teorização de Pierre Bourdieu sobre o poder simbólico possui destacado sentido quando o assunto é o uso da tecnologia. O acesso à tecnologia, na contemporaneidade, reforça justamente o acúmulo de capital, em todos os seus aspectos, o que ilustra como a sociedade se ajustou para atingir, cada vez mais, o consumo de informação – e segregar aquele que

não a possui.⁷⁰² Não por menos, há várias frentes políticas para concluir a democratização do acesso à rede mundial de computadores e dos demais recursos tecnológicos, mormente em razão das várias contradições percebidas durante as atividades remotas impostas pela pandemia da COVID-19.

O fenômeno *big data* e o acúmulo de dados fomentou o consumo desregrado da informação, fruto do sistema do capital que marcou o consumismo de dados como elemento de poder. A sociedade da superinformação será, portanto, espaço do panóptico e do controle do outro não mais pelo domínio dos corpos, como bem idealizou Michel Foucault, mas pela psicopolítica e o controle dos sujeitos com gênese na necessidade do consumo dos elementos informativos (com destaque para o surgimento das redes sociais).⁷⁰³

Tal consideração instigou a imprescindibilidade de se acumular informação em razão de uma suposta relação de afeto entre o sujeito e os dados consumidos, mormente naquilo que se convencionou chamar de *emotional design*. Logo, certa informação será capaz de ser consumida se criada a atração psicológica da pessoa com o elemento visual utilizado na divulgação de determinado dado informativo, o que domina, igualmente, o contexto da

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama Atual do Novo CPC*: Volume 3, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

⁷⁰¹ HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: O neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Belo Horizonte: Ayine, 2018.

⁷⁰² BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Difel, 1989.

⁷⁰³ HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: O neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Belo Horizonte: Ayine, 2018.

vontade humana. ⁷⁰⁴

Ou seja, os sujeitos também serão controlados, por meio do sentimento, para consumir o que lhes atrai (e não somente o que parece indispensável para sobreviver). Não por menos, os algoritmos são devidamente treinados para permitir a condução de propagandas e serviços, por exemplo, no contexto das buscas feitas pela internet. O controle da atividade humana, por meio do consumo de dados, exigirá nova postura diante da sociedade do consumo, sobretudo pela necessidade de esclarecimento quanto à veracidade das informações.

Para dominar e manter intactas as relações de poder, os meios de comunicação foram invadidos por assuntos tratados como notícias falsas, comumente denominadas *fake news*, que, em várias dimensões, parecem encerrar qualquer possibilidade de construção de um argumento crítico-reflexivo. Se exemplificada a utilização da tecnologia nas eleições gerais de 2018, no Brasil, a enxurrada de informações falsas transmitidas pelas redes sociais demonstrou como o consumo de dados sem fundamento esclarecido pode ser suficiente para alterar o resultado do sufrágio. ⁷⁰⁵

O uso da tecnologia também

lançou sua força pragmática no Direito Processual, já que temas como *algoritmo*, *inteligência artificial* e *lawtechs* passaram a fazer parte da atividade jurídica como instrumento de redimensionamento da litigância de massa e enquanto técnica de gestão. Em Londres, por exemplo, cerca de 48% dos escritórios de advocacia utilizam da inteligência artificial para auxiliar nas atividades diárias sobre parametrização e mineração de dados, além do controle sobre teses jurisprudenciais. ⁷⁰⁶

Para Dierle Nunes, essa realidade expandiu a utilização do aparato tecnológico para “otimizar atividades repetitivas e aumentar a performance de nosso sistema jurídico”, ⁷⁰⁷ o que deve ser entendido com cautela. Isso porque a utilização da tecnologia, na estrutura do Direito Processual, não pode ser entendida como mera técnica de gestão dos procedimentos levados à apreciação do Estado-Judiciário.

Nesse sentido, Vicente de Paula Maciel Júnior destaca:

Enquanto as máquinas vão adquirindo capacidades humanas os homens estão delegando suas capacidades para máquinas de modo que não se preocupem mais com aquilo que deixa de ser sua atribuição. Da mesma forma os

⁷⁰⁴ NORMAN, Donald. *Emotional Design: why we love (or hate) everyday things*. New York: Basic Books, 2004.

⁷⁰⁵ SOARES, Igor Alves Noberto. Controle, democracia representativa e tecnologia: as consequências do uso de *fake news* nas eleições. In: Cristina Rezende Eliezer; Lorena Ribeiro de Carvalho Sousa; Vitor Ferreira Nunes. (Org.). *Direito, Tecnologia e Sociedade*. Santo Ângelo: Metrics, 2020.

⁷⁰⁶ NUNES, Dierle. Processo civil, vieses cognitivos e tecnologia: alguns desafios, In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama Atual do Novo CPC: Volume 3*, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

⁷⁰⁷ NUNES, Dierle. Processo civil, vieses cognitivos e tecnologia: alguns desafios, In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama Atual do Novo CPC: Volume 3*, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 88.

*homens estão transferindo suas vidas para sistemas computacionais, que organizam sua agenda e dominam seu tempo, o controlam o lugar (espaço) onde você está em tempo real e se você possui amigos próximos a você. A máquina começa a ditar para o homem o que fazer, quando fazer, com sugestões, vantagens, induzindo o comportamento por estímulo premial.*⁷⁰⁸

O uso do aparato tecnológico deve ser pensado, no curso de um procedimento judicial, por exemplo, como instrumento de garantia de uma técnica procedimental destinada à participação do agir decisório entre os sujeitos processuais, seja para os litigantes eventuais ou aqueles que, habitualmente, buscam a tutela jurisdicional. Essa toada obsta qualquer proposta do controle decisório a partir do uso exclusivo da tecnologia, seja para impedir a manifestação das partes ou mitigar a produção da prova.

1.2 A VIRADA COGNITIVA E A RACIONALIDADE DECISÓRIA

A virada cognitiva pode ser entendida como o questionamento teorizado sobre o processo decisório realizado pelos seres humanos, que, marcado por inúmeras incompreensões, demonstrou que o ato

de decidir não é fruto exclusivo do pensamento reflexivo. Logo, o sujeito decide não somente com os contributos da razão, mas também por atalhos que ajustam sua vontade aos ciclos pessoais construídos a partir de sua formação em relação ao espaço-tempo.

Na década 1970, os autores e as autoras das Ciências Sociais e da Psicologia começam a questionar a experiência de decidir. É um equívoco pensar que a vontade humana é comportamento deliberado, fruto de uma pressuposta neutralidade, muito pelo contrário: a incompletude dos sujeitos impede qualquer atividade integralmente inquestionável.⁷⁰⁹

Não por menos, a razão humana foi um problema filosófico de inúmeros debates, seja para expressar a inteligibilidade comunicativa ou a passagem da *doxa* (a mera opinião) para a *episteme* (o conhecimento racionalmente estruturado em bases científicas e passíveis de refutação). Contudo, o inatismo da razão deixa de ser um ponto de questionamento somente da Filosofia para compor o quadro avaliativo da vivência humana, de modo ser compreendido pela totalidade das ciências.

Em Hans Gadamer, uma reflexão acerca da razão humana passa a ser questionada: toda compreensão pressupõe uma pré-compreensão acerca de determinado tema. Nesse espeque, a atividade de interpretar

⁷⁰⁸ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. A liberdade da informação na rede, o modelo de processo coletivo participativo em ambiente protegido e a luta contra a escravidão digital. In: *VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 11-33, 2º sem./2018, p. 19.

⁷⁰⁹ NUNES, Dierle. Processo civil, vieses cognitivos e tecnologia: alguns desafios, In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama Atual do Novo CPC*: Volume 3, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

sinônimos considera os contributos advindos dos conceitos e juízos previamente estabelecidos, o que, mais uma vez, despreza a possibilidade de um sujeito extremamente neutro.⁷¹⁰

Imaginemos, por exemplo, o exercício profissional de um magistrado lotado em uma comarca no interior de Minas Gerais, cuja experiência religiosa é eminentemente presente na tradição popular. Diante de um caso concreto, se um padre for julgado pela prática de qualquer tipo penal, a análise do fato considerará os juízos previamente sustentados sobre a pessoa julgada, queiramos ou não, tanto é que a própria dosimetria da pena admite o critério de fixação da pena-base a partir da *personalidade do agente* (ver art. 59 do Código Penal).

Logo, a compreensão argumentativa sobre determinado fato leva em consideração as pré-compreensões humanas, fruto daquilo que o sujeito apreende ao longo de suas experiências. Contudo, a virada cognitiva tenta justamente entender como algumas decisões são fruto de vieses cognitivos, nada mais que erros sistematicamente percebidos no exercício do pensamento e da razão humana.⁷¹¹

Os erros da mente, assim, são assentados em premissas não

esclarecidas, chamadas de heurísticas, “um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis”.⁷¹² Há várias expressões sobre as heurísticas, mas se pensadas as heurísticas de representatividade, por exemplo, vimos como o comportamento humano tende a justificar determinadas escolhas a partir da caracterização do sujeito, de seu estereótipo ou do estigma socialmente representado por ele.

Em continuidade, Manuel Castells explicou a utilização da tecnologia como uma marca da sociedade do mercado, que, voltada para si, introjeta uma economia informacional sustentada no consumo de dados e da máxima utilização dos recursos para instigar a competitividade e a produtividade. A tendência do neoliberalismo, assim, é criar uma estrutura de poder assentada na psicopolítica, ou seja, o controle dos sujeitos a partir do consumo de dados, conforme explicitado anteriormente.⁷¹³

Nas contradições oriundas do consumo tecnológico, não será mais preciso controlar o corpo ou os desejos humanos, como bem identificou Michel

⁷¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

⁷¹¹ SILVA, Natanael Lud; NUNES, Dierle José Coelho; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais*: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação

de seus efeitos e o debiasing. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

⁷¹² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar* – Duas formas de pensar. Trad.: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 127.

⁷¹³ CASTELLS, Manuel. *Sociedade em Rede*. 8ª ed. Tradução de Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1996.

Foucault,⁷¹⁴ mas exigir o desenfreio do domínio da razão a partir de uma política de dominação do sujeito por si mesmo. Não por menos, as pessoas são controladas para aderir às redes sociais como meio de vinculação aos padrões e ao choque de neutralização,⁷¹⁵ o que mitiga a possibilidade de diversidade.

Há um exemplo simples. O *WhatsApp* inseriu, via aplicativo, a possibilidade de aumentar a velocidade dos áudios gravados em velocidade 1,5x ou 2x mais rápida que a original. Em vários níveis, sobretudo diante de pessoas sobrecarregadas de trabalho, ouvir áudios em velocidade alargada virou um costume para dar conta do consumo de informações exigido nas relações cotidianas. E os vieses cognitivos, com destaque para os vieses de confirmação, possuem sensível relação com o trato tecnológico.

Para Daniel Kahneman, “o melhor que podemos fazer é um acordo: aprender a reconhecer situações em que os enganos são prováveis e se esforçar para evitar enganos significativos quando há muita coisa em jogo”.⁷¹⁶ No Direito Processual, tal controle pode ser permitido pelo instituto da prova, que, na estrutura da participação oriunda do modelo constitucional de processo, permitirá a construção da decisão pelos múltiplos eventos argumentativos.

Esse contexto deve ser levado em conta na efetividade dos princípios processuais, quando diante do uso da

tecnologia. Não é possível dimensionar tão somente os riscos aos sujeitos processuais, mas, na mesma proporção, os riscos de procedimentos automatizados para a solução de conflitos ou técnicas de gestão do acervo Judiciário, sob pena de descaracterizar o acesso à jurisdição e à decisão justa.

2. CONJECTURAS SOBRE O INSTITUTO DA PROVA A PARTIR DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

A Teoria Geral do Processo, baseada nas premissas de um sistema histórico da intensa discussão sobre o liberalismo e a socialização processual, deve ser interpretada à luz do modelo constitucional de processo. Nessa perspectiva, institutos historicamente percebidos na estrutura dos órgãos judicantes são recompostos à luz das teorias democráticas, a fim de trazer legitimidade ao procedimento e ao ato decisório.

2.1 SOBRE A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO

A perspectiva histórica da formação política do Estado deve preceder a análise do Direito Processual justamente para entender como o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito deve ser observado, em teoria e prática, nos

⁷¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

⁷¹⁵ HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: O neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Belo Horizonte: Ayine, 2018.

⁷¹⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar – Duas formas de pensar*. Trad.: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 39.

pronunciamentos decisórios emitidos pelos órgãos estatais.

Em primeira consideração, a tendência do *liberalismo processual* típica da formação do Estado Liberal, no contexto pós-Revolução Francesa, teve por sustentação o protagonismo das partes em detrimento do agente julgador, que, constituído um sujeito processual passivo, não contribuiu para garantir a isonomia processual.⁷¹⁷

Na decadência do modelo liberal, fruto das contradições políticas do mundo lançado às garras do capital, nova ruptura processual é promovida a partir da socialização do processo. Diante da transição entre os séculos XIX e XX, no movimento típico do *Welfare State* e das construções sobre o processo enquanto relação jurídica, a *socialização processual* representou a evidência do protagonismo judicial, que colocava no agente julgador a figura de um sujeito capaz de desvelar a única chave interpretativa vislumbrada ao caso concreto.⁷¹⁸

É nesse período que se intensifica a visão de um procedimento conduzido pelo solipsismo judicial, já que o magistrado, guiado por sua clarividência e sensibilidade diante do caso concreto, proferiria sua decisão para satisfazer o conflito levado à sua apreciação. Não por menos, a origem etimológica da palavra sentença vem do latim *sentire*, ou seja, o sentimento do julgador quanto ao caso concreto, o que não pode ser admitido no processo em sua

concepção democrática. Por esse motivo, o jogo do procedimento não pode ser baseado em uma atitude de exclusiva formação do convencimento do decisor quanto às questões de fato e de direito analisadas no caso concreto,⁷¹⁹ sob pena de resumir a própria ação dos demais sujeitos processuais.

A admissão de uma atividade decisória exclusivamente concentrada no Estado-Juiz não merece acolhida. No Brasil, a ordem constitucional erigida a partir de 1988, com a ruptura histórica com o regime militar instaurado em 1964, refunda a estrutura procedimental um novo projeto político-pragmático. É que a Constituição de 1988, em seu art. 1º, traz o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, formado pela necessária separação das funções estatais, por direitos e garantias fundamentais e por um modelo democrático participação popular.

Essa nota é importante para resguardar o que prevê a Constituição de 1988: o poder é de titularidade do povo, garantida a sua diversidade e a tutela dos direitos das pessoas vulneráveis. Portanto, a legitimidade das funções estatais se dá pela possibilidade de controle da validade dos seus pronunciamentos, o que se dá pelo processo e por outras formas de participação popular, tais como o plebiscito e o referendo.

⁷¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009.

⁷¹⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009.

⁷¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo* – Primeiros Estudos. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

Ninguém duvida que os desafios para a efetivação do projeto político-pragmático do Estado Democrático de Direito têm origem na própria concepção de Estado. Para Florestan Fernandes, o ato de apossamento do Estado pelas estruturas do capital é um dado que deve ser levado em consideração, sobretudo quando as opções políticas são destinadas à satisfação dos interesses dos grupos economicamente sustentados.⁷²⁰

É no contexto da democratização dos institutos processuais, marcado pela possibilidade de emancipação dos sujeitos e reconstruídos na pluralidade procedimental, que o Estado Democrático de Direito encontra renovada possibilidade de efetivação. Logo, romper com as bases autoritárias acampadas pelo liberalismo processual e pela socialização processual não é tarefa de simples refutação, mas a lógica democrática é refundada na pluralidade argumentativa também pensada aos procedimentos judiciais.

2.2 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO ENQUANTO ESPAÇO EMANCIPATÓRIO

A partir da Constituição de 1988, com a elucidação do paradigma jurídico-constitucional de Estado Democrático de Direito, há uma base harmônica que define inúmeros direitos e garantias fundamentais. Tal base está disposta ao longo de toda a Constituição, a fim de impedir o retorno do arbítrio ou a criação de um único sentimento vinculado à vontade de certos agentes políticos.

É válido destacar que o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito é um projeto contínuo para o presente e o futuro, não uma realidade meramente imposta pelas letras da Constituição de 1988. A ruptura com as bases do poder histórico, antes de tudo, é um diagnóstico possibilitado ao longo do tempo, sem imposições levianas ou passes mágicos, mas pela compreensão do próprio povo quando ao seu *status* de sujeito constitucional.⁷²¹

No tocante aos institutos processuais, a nova ordem possibilitou o erguimento de um modelo constitucional de processo, consolidado em uma “base principiológica uníssona”, que se aplica a qualquer procedimento.⁷²² Tal base, formada pela mais variada identidade

⁷²⁰ FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

⁷²¹ André Del Negri descreve: “o sujeito constitucional não é senão a soma das reivindicações empregadas dialeticamente (...). O sujeito constitucional, portanto, só será reconhecido quando lhe for assegurada a condição de protagonista das decisões mediante compartilhamento decisório (discurso que vincula todos os seres humanos que estão

reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais)”. DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e decisão interna corporis**, p. 30.

⁷²² BARROS, Flaviane Magalhães. Modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 335.

principiológica, tem por fundamento criar uma realidade procedimental capaz de afastar o solipsismo judicial e a possibilidade de único intérprete avaliar o resultado da atividade probatória.

Essa mesma base principiológica permite a democratização do processo, que, assentado em princípios de matriz constitucional, projeta algumas garantias de suma importância para a validade do procedimento. A processualidade democrática promove o rompimento com a “matriz da relação jurídica e a lógica da instrumentalidade”, que “transforma o processo em um instrumento por meio do qual” o julgador “decide, solitariamente, conforme sua convicção pessoal”.⁷²³

Logo, a teoria do processo como relação jurídica, idealizada por Oskar von Bülow, em que pese mostrar-se teorização aceita em grande parte dos escritos da literatura jurídica brasileira, não pode encontrar guarida no modelo constitucional de processo, pois, na democracia, o processo jamais pode ser entendido como instrumento da jurisdição ou elemento de políticas segundo a força das influências socialmente demarcadas.

Portanto, o modelo constitucional de processo introduz garantias no curso do procedimento com o mote de promover a possibilidade de construção coletiva da decisão, que afetará as partes. Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a base principiológica

extraída da Constituição de 1988 promoverá a identificação do devido processo constitucional, viabilizado pelos princípios da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, da fundamentação e da publicidade da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial.⁷²⁴ Nos atos típicos da persecução penal, outras regras de validade são impostas para garantir a validade do procedimento, entre elas a presunção de inocência, o direito ao silêncio e a vedação de revisão *in dubio pro societate*.

Contudo, a garantia do devido processo não é realidade dada pela benevolência do agente julgador, mas pela viabilidade da participação e da visão do policentrismo procedimental a partir da igualitária possibilidade de integração da decisão pelos sujeitos processuais. Isso significa dizer que, no contexto de uma técnica procedimental, inexistente única pessoa capaz de captar o sentido interpretativo vislumbrado no caso em julgamento, restando, a todos os sujeitos processuais, a salvaguarda das garantias procedimentais e da legitimidade decisória.

De todas as garantias processuais, duas precisam ser devidamente esclarecidas, quais sejam, a ampla defesa e o contraditório. Da ampla defesa, entendida como ampla argumentação, decorre a máxima participação dos sujeitos por meio da produção da prova para sustentar as

⁷²³ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 2, n. 1, 2016, p. 48-49.

⁷²⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

alegações no curso do procedimento, e, assim, é materializada no contexto da efetiva possibilidade do exercício do direito à defesa técnica.⁷²⁵

O contraditório é reinterpretado, à luz do modelo constitucional de processo, a partir de duas regras aplicáveis a qualquer procedimento: a influência e a não surpresa.⁷²⁶ Pela garantia de influência, às partes é resguardada a possibilidade de construção da decisão que lhes afetará, nos limites postulados, o que impede a prolação de decisão apartada da argumentação formada junto ao procedimento.

Essa premissa está devidamente satisfeita no art. 489, § 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil, no qual é possível ler que não se considera fundamentada qualquer decisão que deixar de analisar todos os argumentos apresentados pelas partes que, em tese, possam inferir na conclusão adotada pelo julgador. O Código de Processo Penal, em seu art. 315, § 2º, inciso IV, também traz a mesma sistemática. Logo, a garantia do contraditório não pode ser pensada tão somente como técnica de manifestação de uma parte quanto ao alegado pela outra, nos termos do brocado *dizer e desdizer*, mas a efetiva possibilidade de controle da racionalidade decisória a contar da influência das partes.

Na compreensão do Direito Processual Coletivo, por exemplo, é preciso preservar uma técnica

destinada à plena participação dos sujeitos interessados, cuja pretensão está centrada na satisfação das pretensões deduzidas em juízo. Não por menos, os procedimentos em matéria coletiva precisam refletir a maior conquista dos sujeitos processuais no exercício do direito de ação e das prerrogativas constitucionais, já que “quanto maior fosse a participação na formação do mérito, maior seria a legitimação da decisão do processo coletivo em relação aos efeitos que produziria em face dos interessados difusos”.⁷²⁷

Ou seja, a presença de uma técnica destinada à construção do mérito deve ter como alcance a sugestão teorizada acerca da identidade do processo enquanto metodologia para salvaguardar os direitos fundamentais. Não há, nessa medida, espaço para decisões isoladas ou descompassadas da plena identidade das faculdades procedimentais, muito menos vinculadas ao agir de uma instituição que representa os interessados coletivos.

Por isso, as derrocadas conjecturas sobre a representação processual aos interessados, em matéria dos direitos coletivos *lato sensu*, não merecem acolhida. Ora, negar a participação da parte interessada na prolação da decisão que lhe afetará, antes de tudo, é ato lesivo à própria democratização do processo e não se justifica nem sequer nas técnicas

⁷²⁵ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

⁷²⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009.

⁷²⁷ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 181.

contemporâneas para a solução de conflitos.

Nessa toada, elucida Vicente de Paula Maciel Júnior:

*Quando o texto constitucional diz que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário “lesão” ou “ameaça a direito”, surge naturalmente a indagação se a norma infraconstitucional poderia criar condições para o exercício da ação ou pressupostos processuais. A garantia constitucional parece ter evoluído no sentido de superar o formalismo e as contradições do sistema dualista do direito subjetivo e da relação jurídica processual. Tanto no tema da ação quanto no processo, a opção do legislador foi a de garantir o acesso a um pronunciamento judicial sobre o mérito. Portanto, o estabelecimento de condicionantes para a ação nesses sistemas estaria superado. A ação é meio e não fim. Sendo meio, não poderia ser obstáculo ao fim, que é a apreciação dos interesses em conflito, onde se afirmam lesões ou ameaças a direito.*⁷²⁸

Diante desses exemplos, urge reconhecer a existência de limites à utilização da tecnologia nos atos procedimentais, de modo a perquirir a validade sistêmica de cada produto da ação humana no curso dos procedimentos judiciais. As técnicas

contemporâneas precisam encontrar, na tutela jurisdicional, a síntese da atuação pragmática da primazia do mérito vinculada na atuação de todos os sujeitos processuais, independentemente de propostas tecnológicas puramente pensadas como controle ou técnica de gestão de processos.

3. POR UMA TEORIA GERAL NO CONTEXTO DA PROVA DIGITAL

No contexto abordado, a prova torna-se o instituto capaz de controlar a racionalidade decisória e traz os limites da legitimidade procedimental. Tal premissa é um dos meios possíveis pelo qual as partes influenciam a prolação de decisão erigida diretamente de cada manifestação, de modo a impedir o arbitrário solipsismo judicial.

3.1 A NECESSÁRIA RECONSTRUÇÃO DO INSTITUTO DA PROVA A PARTIR DA COMPARTICIPAÇÃO

A prova é vocábulo polissêmico, que, de acordo com a teorização utilizada, pode ter um significado diverso de um contributo eminentemente democrático.⁷²⁹ Para Anamaria Campos Tôrres de Vasconcelos, a prova pode ser entendida em quatro premissas, quais

⁷²⁸ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 163-164.

⁷²⁹ PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

sejam, a *certeza*, *certa noção de certeza*, *probabilidade* e *convicção*.⁷³⁰

Conforme apresentado por Nicola Dei Malatesta, a prova é o “meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”, cuja eficácia será “tanto maior, quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estarmos de posse da verdade”.⁷³¹ Contudo, a verdade é um dos problemas mais debatidos na história da ciência, principalmente pela Filosofia, tanto é que a *noção de certeza* também é um termo utilizado para substituir a pressuposta verdade.

A probabilidade, outro problema filosófico, é igualmente percebida na produção da prova, como sustenta Anamaria Campos Tôrres de Vasconcellos, a partir de uma percepção ajustada entre os fundamentos da certeza e o elemento que a indica.⁷³² A convicção, por sua vez, é a justa apreciação da prova no contexto de seu valor, pois a prova não possui valor em si mesma, mas deve ser valorada pelos sujeitos processuais. Decerto, a partir da processualidade democrática, o valor de um elemento probatório não está vinculado ao entendimento exclusivo do julgador, mas seu conteúdo é aberto para interação horizontal também às partes.

A partir do modelo constitucional de processo, é preciso refutar a possibilidade de valoração do elemento probatório como atividade concentrada na figura do agente julgador, pois a prova deve ser entendida como a “garantia processual-fundamental das partes, instrumentada de acordo com os meios legalmente permitidos, para a reconstrução dos fatos objeto da narrativa do processo”.⁷³³

Por tudo isso, os argumentos alegados pelas partes são possíveis de reprodução na estrutura lógica do procedimento, em correspondência processual ao fato debatido pelos sujeitos processuais. Mas isso não se dá em aproximação ao conceito inquestionável de verdade, quer aquele alegado por uma das partes ou o que se mostra crível, mas segundo os elementos probatórios inseridos nessa mesma estrutura.

Para Vinicius Lott Thibau, nos limites da processualidade democrática a prova é instituto capaz de construir a estrutura procedimental da qual será erigida a decisão, e, portanto, derivada diretamente da manifestação das partes.⁷³⁴ A legitimidade decisória encontra guarida, assim, na construção compartilhada da decisão, que, a partir dos argumentos e pontos controvertidos trazidos pelas partes, devem ser

⁷³⁰ VASCONCELOS, Anamaria Campos Tôrres. *Prova no Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

⁷³¹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Vol. 1. Tradução de Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: CONAN Editora, 1995, p. 19.

⁷³² VASCONCELOS, Anamaria Campos Tôrres. *Prova no Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

⁷³³ PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 38.

⁷³⁴ THIBAU, Vinicius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

dirimidos pelo magistrado no exercício da função judicante.

É preciso reiterar: a prova não possui valor em si mesma. Para Rosemiro Pereira Leal, valorar a prova é justamente vislumbrar a sua existência na estrutura procedimental, erigida no contexto da ampla defesa e do contraditório, ao passo que valorizá-la é demonstrar sua relevância para a formação da decisão no tocante no convencimento dos sujeitos processuais diante do caso concreto.⁷³⁵

Os sistemas de valoração-valorização da prova não foram os mesmos no decorrer da história. Para Giuseppe Chiovenda, o primeiro sistema a ser identificado é o da prova tarifada, modelo no qual o valor da prova estava sistematicamente inserido na norma. Esse sistema “perturbou o convencimento do juiz, reduzindo a tarefa do magistrado a uma verificação quase por inteiro aritmética, dos concursos do número dos elementos a formar, no caso concreto, aquilo que se convencionou como a verdade legal”.⁷³⁶

Não por menos, a confissão tornou-se a rainha das provas, mormente nos procedimentos penais, e valorada legalmente como a máxima satisfação do procedimento a partir da culpa presumida da pessoa acusada. Para Marcelo Mendroni, o rompimento com o valor pressuposto da prova é promovido no contexto pós-Revolução Francesa, mais precisamente na legislação erigida em 1791, na França,

na qual o jurado era convocado para decidir nos limites de sua consciência.⁷³⁷

Esse sistema, denominado íntima convicção e ainda presente na legislação brasileira quanto aos procedimentos perante o Tribunal do Júri, apresenta inconsistências sistêmicas, sobretudo se pensadas as bases do modelo constitucional de processo. A possibilidade de uma decisão sem a garantia de participação e de fundamentação racional, por isso vinculada à discricionariedade e intimidade do julgador, não encontra guarida democrática.

Ainda que não seja possível falar em um sistema de valoração-valorização ideal, defende-se a refundação do chamado sistema do livre convencimento motivado. Ninguém duvida sobre a localização funcional do magistrado no exercício de sua função judicante, mas a dinâmica percebida da leitura contemporânea da ampla argumentação e do contraditório oferece uma chave integrativa capaz de ressaltar a construção da decisão a partir da participação, da atuação policêntrica e da livre apreciação do resultado da atividade probatória.

Esse contexto é chamado de sistema da persuasão racional, que não pode ser entendido como mera superação do livre convencimento motivado, mas a reconstrução da liberdade decisória concentrada no

⁷³⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo* – Primeiros Estudos. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

⁷³⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Traduzido por

Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 170.

⁷³⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. São Paulo: Atlas, 2010.

magistrado ou na magistrada a partir do controle epistêmico do valor do elemento probatório pelos sujeitos processuais. Outra vez, vale destacar o preceito dos art. 489, §1º, inciso IV, do Código de Processo Civil e do art. 315, §2º, inciso IV, do Código de Processo Penal, cujo teor traduz a fundamentação da decisão somente se enfrentados todos os argumentos que, em tese, possam inferir na decisão. Em que pese o legislador ter optado pela expressão *argumentos*, o agente julgador resolverá os pontos controvertidos. A relação entre o argumento e a decisão se dá pelos elementos probatórios produzidos em contraditório.

3.2 A LEGITIMIDADE DECISÓRIA A PARTIR DA PROVA DIGITAL

Conforme apresentado no primeiro capítulo, não é possível se opor à utilização da tecnologia nos procedimentos judiciais, tendo o quadro irreversível trazido pela virada tecnológica. Antes disso, estamos diante de uma realidade intransponível, e, mais a demais, o que nos resta é tentar definir limites sistematizados em uma teoria processual democrática, aqui identificada como modelo constitucional de processo, para impedir a compreensão da prova digital como elemento probatório irrefutável.

Nesse ponto, uma das questões mais discutidas é o conceito de

inteligência artificial, que, para Fernando Velloso, pode ser entendida como “uma descrição das etapas de resolução de um problema ou a indicação ordenada de uma sequência de ações bem definidas”, constituindo a “maneira mais elementar de se escrever uma lógica”, o que se dá por meio de uma linguagem algorítmica.⁷³⁸

Alexandre Moraes da Rosa e Daniel Boeing indicam primeira constatação sobre a inteligência artificial, a partir do chamado *Teste de Turing*. Trata-se de um experimento realizado por Alan Turing, em 1950, com o fim de possibilitar à máquina o interrogatório de uma pessoa, por escrito, sem que se pudesse identificar se a interrogada era humana ou outro robô.⁷³⁹

Para Luis Álvarez Munárriz, a inteligência artificial é uma criação artificial do conhecimento, derivado da informática, que tem por objetivo o desenvolvimento e a reprodução de “artefactos computacionalmente inteligentes”. Logo, a inteligência artificial é “un saber positivo que tiene como objetivo final la creación de sistemas especializados en la manipulación inteligente del conocimiento”, ou seja, uma técnica destinada à possibilidade de construção do conhecimento, dado possibilitado pelos sistemas computacionais.⁷⁴⁰

A inteligência artificial, portanto, é uma “tecnologia baseada na

⁷³⁸ VELLOSO, Fernando de Castro. *Informática: conceitos básicos*. 7ª ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 108.

⁷³⁹ BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Moraes. *Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade, heurísticas e*

vieses de aprendizado de máquina no judiciário. Florianópolis: Editora EMais, 2020.

⁷⁴⁰ ÁLVAREZ MUNÁRRIZ, Luis. *Fundamentos de inteligencia artificial*. Secretariado de Publicaciones: Universidade de Murcia, 1994.

reprodução e aplicação, pelas máquinas computacionais, de processos análogos ao raciocínio humano”, com o fim de “execução a automatização de tarefas que até então somente poderiam ser desempenhadas pelos próprios seres humanos, resultando na produção de conhecimento de forma artificial”.⁷⁴¹

Contudo, a máquina não tem conhecimento por si mesma. É preciso que a máquina passe por um processo de aprendizagem conhecido como *machine learning*, a partir da condução dos algoritmos com a inserção de dados. Para George Luger, a quantidade de informações dadas à máquina pode trazer inúmeros resultados, inclusive aqueles não pensados originalmente, quando inseridos nela os dados desejados pela pessoa operadora.⁷⁴²

O uso da inteligência artificial desaguará também em outro método de aprendizado, qual seja, o *deep learning*. Nesse processo, a máquina será conduzida à imitação da atividade humana em contexto típico para o processamento de dados, valendo-se de certas chaves algorítmicas previamente definidas. Logo, há um aprendizado de destacado aprofundamento sistematizado, de modo a permitir à máquina outra interação ainda maior com os termos da atividade humana.

Nesse sentido, a máquina precisa desenvolver série de habilidades para servir como ponto destinado ao aprendizado, quais sejam: a aplicação de linguagem natural, a representação do conhecimento, a automatização do raciocínio e o aprendizado da máquina (último estágio). Tal processo somente se concretiza a partir do aprendizado da máquina, que, antes de tudo, precisa trazer previsibilidade e segurança quanto ao agir em serviço da inteligência artificial, qualquer seja a atividade desejada.⁷⁴³ Contudo, o uso descomedido da inteligência artificial pode trazer inúmeras consequências ao procedimento decisório, sobretudo pela falibilidade dos sistemas. Não custa lembrar as denúncias de invasões aos sistemas dos tribunais, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça, o que impede a confiabilidade integral nos sistemas utilizados sem uma técnica de mitigação dos riscos.⁷⁴⁴

Para tanto, Daniel Boeing e Alexandre Moraes da Rosa apresentaram proposta que leva em consideração três espécies de robôs para processos decisórios: o robô-classificador, o robô-relator e o robô-juiz. Aos dois primeiros, atuando em corroborática, realizarão atividades de menor complexidade jurídica, tais como pesquisas legislativas e jurisprudenciais. Ao robô-

⁷⁴¹ ÁLVAREZ MUNÁRRIZ, Luis. *Fundamentos de inteligência artificial*. Secretariado de Publicaciones: Universidade de Murcia, 1994, p. 21

⁷⁴² LUGER, George. *Inteligência Artificial*. Tradução: Daniel Vieira. 6ª ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

⁷⁴³ BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Moraes. *Ensinando um robô a julgar*:

pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses de aprendizado de máquina no judiciário. Florianópolis: Editora EMais, 2020.

⁷⁴⁴ VITAL, Danilo; VALENTE, Fernanda. STJ sofre ataque hacker e suspende prazos processuais até segunda (9/11). In: *Consultor Jurídico*, Brasília/DF, 4 nov. 2020.

juiz, por sua vez, competirá decidir a partir da inteligência artificial, mas sua atuação estará atrelada ao controle externo, o que não afastaria a função humana nos atos procedimentais.⁷⁴⁵

Portanto, é impraticável duvidar da existência de alguns projetos baseados em inteligência artificial no contexto do Estado-Judiciário, a exemplo do Programa Victor (destinado à análise de admissibilidade recursal perante o Supremo Tribunal Federal) ou do Programa Sócrates (destinado à análise de admissibilidade recursal perante o Superior Tribunal de Justiça). Há, ainda, o robô Alice, do Tribunal de Contas da União, com a função de analisar editais de licitação.

Se a utilização da inteligência artificial for pautada exclusivamente como técnica de gestão, na derrocada alegação de que os órgãos do Estado-Judiciário estão autorizados a se valer da estrutura procedimental para satisfazer os seus interesses, reforça-se a ideia de que o sistema jurídico brasileiro ainda não rompeu com as teorias sustentadas no processo enquanto instrumento da jurisdição (relação jurídica).

É fundamental trazer dois exemplos. Primeiro, a utilização da inteligência artificial para resolver questões sobre a aplicação de medidas cautelares pessoais, como a prisão preventiva no Processo Penal, mostra-se preocupante. E, decerto, ainda não há uma produção probatória capaz de indicar, à inteligência artificial, a chave parametrizada capaz de decidir, entre as

medidas cautelares, aquela adequada e necessária diante do caso concreto (nos termos do art. 282 do Código de Processo Penal).

No Direito Processual Coletivo, então, as técnicas decisórias não podem fundamentar exclusivamente a adoção de padrões decisórios sem o esclarecimento, *in casu*, da relação entre o ato de decidir e o interesse coletivo alegado pelas partes. A utilização da tecnologia não pode suplantiar a participação de todas as pessoas interessadas no provimento decisório, sob pena de impedir a legitimidade da decisão de mérito e o vínculo intelectual da decisão com as pessoas atingidas por seus efeitos. Nessa medida, não é razoável pensar em técnicas processuais, mesmo que racionalizadas pela utilização da tecnologia, voltadas tão somente para a gestão do acervo judiciário ou das demandas coletivas.

Pelo contrário, a utilização da tecnologia nos procedimentos de natureza coletiva pode esmiuçar a ampla participação para além do malfadado rol taxativo dos legitimados para o exercício da Ação Civil Pública, por exemplo. Por meio de formulários eletrônicos e rodas de conversa virtuais entre os interessados coletivos e os legitimados, é razoável refletir outra percepção sobre o procedimento e a continuidade de seus atos.

Portanto, no contexto do modelo constitucional de processo e de uma teoria democrática, somente é possível

⁷⁴⁵ BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Moraes. *Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade, heurísticas e*

vieses de aprendizado de máquina no judiciário. Florianópolis: Editora EMais, 2020.

pensar na validade do uso da inteligência artificial no curso do procedimento se permitido o controle da racionalidade decisória a partir da produção da prova. Ou seja, é preciso conferir às partes a prerrogativa de influenciar a decisão que lhes afetará, o que precisa sustentar a reflexão sobre as provas digitais. Além disso, se os recursos de inteligência artificial se destinarem à análise do conteúdo da atividade probatória, como garantir a relação entre a decisão e a falibilidade da própria prova digital?

Nesse ponto, algumas questões merecem destaque. De início, em que pesem os termos *elemento informativo* e *elemento probatório* carregarem certa aparência similar, defende-se sua distinção conceitual. Na esteira dos procedimentos cautelares ou investigativos, por exemplo, os elementos informativos são aqueles que, por sua natureza, trazem os primeiros dados sobre situações fáticas, mas, por si só, não podem ser considerados como prova irrefutável. Logo, somente será elemento probatório (ou elemento de prova) o dado que for valorado, no curso do procedimento judicial, sob os auspícios da ampla argumentação e do contraditório.

Em primeiro ponto, é válido resguardar a cadeia de custódia da prova digital, vez que tal instituto assegurará a fiabilidade do elemento probatório, a fim de impedir que dados estranhos ao seu conteúdo comprometam ou alterem o resultado da atividade instrutória.⁷⁴⁶ Para

exemplificar, imaginemos a produção de uma prova digital por meio de dados contidos em um e-mail, após a quebra do sigilo determinado por juízo competente, cujo resultado alcança as atividades de uma organização criminosa. Nos e-mails, há inúmeros documentos e vários registros fotográficos, que servirão como elementos de inferência da decisão sobre medidas cautelares ou até mesmo sobre o mérito da ação penal.

Para garantir a validade desse elemento probatório a partir de sua formação e de seu armazenamento, e, sempre que determinado, possibilitar a sua reprodução, é necessário criar uma técnica da preservação de seu conteúdo. Na esfera penal, por exemplo, elementos produzidos na fase de inquérito, pela garantia da ampla argumentação e do contraditório, devem ser debatidos na fase de processo para validar seu conteúdo enquanto elemento probatório.

Além do princípio da reprodutibilidade, nos termos inferidos anteriormente, Geraldo Prado aponta a necessidade de controle sistêmico da autenticidade da prova a partir dos princípios da confiança e da mesmidade. No primeiro, espera-se que o elemento probatório possa ver valorado pelos sujeitos processuais, de modo a realmente acreditar naquilo que pode ser confirmado por outros elementos produzidos e reconhecidos no curso do procedimento. Por outro lado, o princípio da mesmidade exige a valoração do mesmo elemento colhido,

⁷⁴⁶ PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

ou seja, apartado de qualquer alteração ou falsificação de seu conteúdo decorrente dos procedimentos investigativos, por exemplo.⁷⁴⁷

No contexto da prova digital, qualquer elemento probatório oriundo do espaço procedimental criado pela linguagem virtual, sob pena de constituir-se ilegítimo, deve ter produção garantida pela cadeia de custódia. É preciso viabilizar a mesmidade do elemento colhido, em todo o curso do procedimento, com sua reprodução quantas vezes for preciso, a fim de questionar sua pertinência para o procedimento e a condução de sua valoração por todos os sujeitos processuais.

Essa conjectura lançará contribuições para outro assunto, qual seja, a distribuição do ônus da prova. A partir da cadeia de custódia e da necessária desconfiança quanto aos elementos colhidos sobretudo na fase de investigação preliminar, na persecução penal, ou por meio de antecipação da produção da prova, na esfera dos procedimentos cíveis, por exemplo, surge a necessidade de questionar, a todo momento, a veracidade do elemento produzido.⁷⁴⁸ Não há presunção de veracidade da prova digital, nem sequer daquela produzida por outros meios, o que exige a valoração, mais uma vez, dos dados constitutivos de seu elemento.

Nas concepções trazidas por Geraldo Prado, é preciso desconfiar até mesmo do agente responsável pela produção do elemento informativo, sobretudo se vinculado às forças tendentes aos processos de formação do conteúdo normativo. O ônus da prova e da conformação de sua viabilidade, então, caberá a quem construir o argumento oriundo do elemento digital. Do ponto de vista prático, somente é possível pensar no elemento informativo como elemento probatório após sua entrega à refutação argumentativa, no procedimento judicial, pelos sujeitos processuais.⁷⁴⁹

A prova produzida por meio digital somente terá legitimidade se certificado o seu questionamento no bojo do processo, do qual se presumirá a amplitude argumentativa sobre todos os seus elementos. Nas contradições percebidas pelas *fake news*, por exemplo, é preciso garantir a reprodutibilidade do elemento informativo, quantas vezes for preciso, para possibilitar a refutação de dados fantasiosos ou irrelevantes à elucidação dos fatos debatidos em determinado espaço procedimental.

Outro ponto fundamental, por fim, se concentra na proteção da intimidade e da privacidade na colheita do elemento informativo, qualquer seja a fase determinada, com vistas ao armazenamento e à distribuição do dado. A estrutura do procedimento não

⁷⁴⁷ PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

⁷⁴⁸ No Processo Penal, insta destacar, não há distribuição do ônus da prova pertencente à acusação ao acusado ou à acusada, sob pena de arruinar o microssistema constituído na esteira

do princípio da não culpabilidade. O que se defende, então, é a proteção do elemento digital a partir do argumento.

⁷⁴⁹ PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

pode criar espécie de duelo, como se o atingimento do resultado probatório justificasse os meios tendentes à sua assunção. Não é possível atingir dados acobertados pelo sigilo, senão nos limites criados pelo próprio constituinte e cuja incidência deve ser precedida de autorização judicial, muito menos divulgá-los em estruturas distintas do próprio procedimento judicial.

Nessa esteira, apresenta-se proposta para compreender a legitimidade da prova digital a partir da processualidade democrática. Primeiro, é preciso garantir uma cadeia de custódia da prova digital – desde a produção do indício, torna-se vislumbrada a observância aos princípios da mesmidade e da reprodutibilidade, e, desconfiando de seu conteúdo por não possuir valor predeterminado, valorá-la no curso de um procedimento judicial.

Em segundo ponto, os sujeitos processuais devem valorá-la segundo a relação entre seu conteúdo e a pertinência com a narrativa fática discutida no procedimento. Isso porque a produção do elemento, em que pese a amplitude argumentativa, precisa considerar o espaço procedimental fático trazido aos autos, pois a prova digital deve ser confirmada, quanto à extensão de sua formação, com os demais elementos de prova.

Por fim, considerando que o elemento probatório somente é confirmado no curso do procedimento judicial, a legitimidade da prova digital está submetida ao crivo da ampla argumentação e do contraditório. A influência do elemento na decisão deve ter como fundamento a contribuição de

todos os sujeitos na decisão que lhes afetará, mormente na construção do conteúdo fático-jurídico da decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a possibilidade de refutação crítica, o presente trabalho expressou pela relação entre a tecnologia, o processo de cognição do sujeito e a decisão no âmbito dos procedimentos judiciais. Decerto, a virada cognitiva e a virada tecnológica, movimentos típicos da contemporaneidade em crise, marcaram profundamente o Direito Processual, o que exige reinterpretção dos institutos à luz do modelo constitucional de processo.

Em primeira análise, tem-se que a realidade mundial reinventou-se basilarmente para permitir a condução dos sujeitos pelas tendências neoliberais. Isso colocou à prova a possibilidade de controle dos atos humanos, por meio da tecnologia e dos vieses de cognição, sobretudo na tomada de decisões cotidianas. Tal premissa instigará o questionamento sobre o consumo de dados como meio de satisfação das supostas necessidades sociais e a utilização da tecnologia como controle das massas e técnica de gestão.

Essa influência marcou também o Direito Processual, seja a partir da utilização da inteligência artificial ou de temas até então pouco destacados, como a inteligência artificial e o *legal design*. Ou seja, estamos diante de uma aplicação sem precedentes da tecnologia no Direito Processual, o que não se afasta pelo gosto descabido, mas

se intensifica a cada dia, o que nos exige expor à crítica tais construções.

Nesse ponto, a questão sobre a validade da prova digital encontra guarida na larga utilização de seus elementos informativos, que, valorados no curso do procedimento, serão constituídos como elementos de prova. A grande questão é perquirir os limites éticos de tal utilização, e, ainda, a possibilidade de controle democrático da decisão advinda da inteligência artificial por meio da teoria da participação, extraída do modelo constitucional de processo.

A partir da Constituição da República de 1988, da qual justifica o projeto político de Estado Democrático de Direito, tem-se que as garantias de natureza processual instituem a possibilidade de controle da decisão, sobretudo pela reinterpretação da ampla defesa e do contraditório. Da mesma feita, admitida a utilização da inteligência artificial no processo decisório, tal qual acontece com os sistemas propostos pelo Programa Victor ou o Programa Sócrates, por exemplo, a decisão sustentada na prova digital necessita ser compartilhada com os demais sujeitos processuais.

Da refundação da base principiológica uníssona, originada do modelo constitucional de processo, tem-se que a prova é instituto destinado à formação da decisão que afetará as partes. Não por menos, é direito dos sujeitos processuais produzir amplamente a prova técnica e argumentar sobre sua utilização no caso concreto, de modo a influenciar a decisão e não ser surpreendido por via que não elegeu.

Nesse ponto, conclui-se que a utilização da prova digital necessita respeitar a cadeia de custódia de sua produção, instituto do qual são vislumbrados os princípios da confiança, da mesmidade e da reprodutibilidade, a fim de oportunizar a qualquer momento a ampla valoração de seu conteúdo no procedimento judicial. Além disso, a colheita dos elementos informativos por meio digital não pode justificar a quebra dos sigilos constitucionais (correspondência e fiscais, por exemplo) ou dos direitos à intimidade e à privacidade, senão precedida de autorização judicial, muito menos autoriza sua divulgação em outros meios ou seu amparo em elementos falseáveis (*fake news*).

REFERÊNCIAS

- ÁLVAREZ MUNÁRRIZ, Luis. *Fundamentos de inteligencia artificial*. Secretariado de Publicaciones: Universidade de Murcia, 1994.
- CASTELLS, Manuel. *Sociedade em Rede*. 8. ed. Tradução de Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1996.
- BARROS, Flaviane Magalhães. Modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*

- brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 331-345.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Moraes. *Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses de aprendizado de máquina no judiciário*. Florianópolis: Editora EMais, 2020.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Difel, 1989.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 21. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: O neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Belo Horizonte: Ayine, 2018.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: Duas formas de pensar*. Trad.: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Primeiros Estudos. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- LUGER, George. *Inteligência Artificial*. Tradução: Daniel Vieira. 6ª ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.
- MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006.
- MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. A liberdade da informação na rede, o modelo de processo coletivo participativo em ambiente protegido e a luta contra a escravidão digital. In: *VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 11-33, 2º sem./2018. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/19050>. Acesso em: 10 dez. 2022.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Vol. 1. Tradução de Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: CONAN Editora, 1995.
- MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 2, n. 1, p. 43-55, 2016.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. São Paulo: Altas, 2010.

- NORMAN, Donald. *Emotional Design: why we love (or hate) everyday things*. New York: Basic Books, 2004.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009.
- NUNES, Dierle. Processo civil, vieses cognitivos e tecnologia: alguns desafios, In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama Atual do Novo CPC: Volume 3*, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- SOARES, IGOR ALVES NOBERTO. Controle, democracia representativa e tecnologia: as consequências do uso de fake news nas eleições. In: Cristina Rezende Eliezer; Lorena Ribeiro de Carvalho Sousa; Vitor Ferreira Nunes. (Org.). *Direito, Tecnologia e Sociedade*. Santo Ângelo: Metrics, 2020.
- SILVA, Natanael Lud; NUNES, Dierle José Coelho; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.
- VASCONCELOS, Anamaria Campos Tôrres. *Prova no Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- VELLOSO, Fernando de Castro. *Informática: conceitos básicos*. 7ª ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- VITAL, Danilo; VALENTE, Fernanda. STJ sofre ataque hacker e suspende prazos processuais até segunda (9/11). In: *Consultor Jurídico*, Brasília/DF, 4 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-04/stj-sofre-ataque-hacker-suspende-prazos-segunda-911>>. Acesso: 4 nov. 2022.

VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS PROCESALES POR EL TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES RECONVENCIONALES EN EL PROCESO DECLARATIVO.⁷⁵⁰

VIOLATION OF PROCEDURAL PRINCIPLES IN THE PROCESSING OF COUNTERCLAIM EXCEPTIONS IN THE DECLARATORY PROCESS

Jairo Pinto Buelvas

Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Colombia. Profesor investigador tiempo completo Universidad del Sinú. Montería, Córdoba.

Eliécer Mier Zúñiga

Abogado litigante.

Daniel Herazo Herrera

Estudiante de Derecho.

RESUMEN: Se realiza una reflexión respecto a la situación actual de las excepciones reconvencionales de compensación y nulidad absoluta en la estructura procesal colombiana dado que, en su configuración actual, existe una vulneración de los principios procesales de seguridad jurídica e igualdad procesal. Las excepciones reconvencionales en comento se encuentran contenidas en el ordenamiento jurídico patrio, e igualmente han sido desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia; empero, sus particulares efectos y su trámite no son considerados por el Código General del Proceso mediante la regulación del proceso declarativo en el cual se equipara a tales medios de defensa con las excepciones comunes, circunstancia que significa una lesión a la seguridad jurídica e igualdad procesal

que le asiste al demandante a quien le corresponde resistir la pretensión implícita que conllevan las excepciones reconvencionales.

PALABRAS CLAVE: Proceso Declarativo, Excepciones Reconvencionales, Principios Procesales.

ABSTRACT: A reflection is made regarding the current situation of the counterclaim exceptions of compensation and absolute nullity in the Colombian procedural structure given that, in its current configuration, there is a violation of the procedural principles of legal certainty, economy and procedural equality. It is known that the counterclaim exceptions in question are contained in the national legal system, and have also been developed by doctrine and jurisprudence; however,

⁷⁵⁰ Artigo recebido em 14/02/2025 e aprovado em 04/04/2025.

their particular effects and their procedure are not considered by the General Code of Procedure through the regulation of the declaratory process in which such means of defense are equated with common exceptions, a circumstance that means an injury to the legal certainty, economy and procedural equality that assists the plaintiff who is responsible for resisting the implicit claim that the counterclaim exceptions entail.

KEYWORDS: Procedural Law, Counterclaims, Procedural Principles.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la constitucionalización del proceso judicial ha insertado definitivamente en el foro académico una indispensable interlocución del proceso judicial con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991, cuyo eje basilar se encuentra en su artículo 29 donde se consagra el derecho al debido proceso. La interacción entre las formas procesales y las disposiciones constitucionales garantiza una constante evolución del proceso judicial de manera afín con la voluntad del constituyente primario, la cual se ve reflejada mediante la interpretación efectuada a través de la jurisprudencia de las altas cortes, oxigenando la estructura procesal y optimizando sus formas en aras de cumplir con los fines del proceso judicial.

Desde ese punto de vista, se efectúa un análisis sobre la aplicación de las excepciones de compensación y

nulidad absoluta en el Código General del Proceso, las cuales, en su aspecto sustancial, denotan unas particularidades que tienen un impacto significativo dentro del proceso judicial que las hace merecedoras del apelativo de reconvencionales en virtud de la contrapretensión implícita que conllevan, a diferencia de las denominadas excepciones comunes.

Pese a lo anterior, paradójicamente el legislador procesal colombiano no dispone el necesario tratamiento procesal especial requerido por las excepciones reconvencionales, tramitando bajo un mismo rasero las excepciones comunes (por ej., el pago) con las reconvencionales (por ej., compensación y nulidad absoluta), situación que lesiona los principios procesales de igualdad procesal y seguridad jurídica, que se derivan del derecho fundamental al debido proceso, y son transversales en el proceso judicial colombiano.

Así las cosas, el objetivo de la presente investigación es determinar si, de conformidad con la estructura procesal vigente en Colombia, existe una vulneración de los principios procesales de igualdad procesal y seguridad jurídica, derivada del tratamiento procesal otorgado a las excepciones reconvencionales de compensación y nulidad absoluta. Para desarrollar el objetivo trazado, se desarrollará la noción de principios procesales, luego será definido el concepto de excepciones reconvencionales precisando la consagración legal de la excepciones de compensación y nulidad absoluta, posteriormente se desarrollan los

principios de igualdad procesal y seguridad jurídica, delineando, en consecuencia, cuándo se entiende vulnerado un principio procesal, para finalmente determinar la lesión de los principios procesales por la indebida aplicación de las excepciones reconvencionales en el trámite procesal.

Esta investigación es documental con orientación cualitativa. Esta elección metodológica se justifica por la naturaleza del objeto de estudio, que requiere el análisis detallado del ordenamiento jurídico colombiano con respecto a las excepciones reconvencionales de compensación y nulidad absoluta con respecto a los principios procesales de seguridad jurídica e igualdad procesal partiendo de la regulación del trámite de las excepciones del proceso declarativo establecida en el Código General del Proceso.

La elección de una metodología documental con orientación cualitativa se justifica plenamente dada la naturaleza del objeto de estudio, que permite examinar exhaustivamente una amplia gama de fuentes documentales de carácter jurídico que aborden el tema de las excepciones reconvencionales tales como bibliografía, revistas científicas, jurisprudencia proferida por autoridades jurisdiccionales nacionales y extranjeras, entre otras. Además, al tratarse de un tema legal complejo y multifacético, la investigación cualitativa proporciona el espacio necesario para analizar e interpretar la información de manera significativa, considerando la riqueza de los contextos y las diversas perspectivas presentes en el ámbito jurídico.

El enfoque cualitativo también permite explorar las implicaciones prácticas y sociales de los principios procesales y las excepciones reconvencionales en el sistema judicial colombiano, ofreciendo una comprensión más completa y holística de cómo estas excepciones afectan los principios primordiales del derecho, como la igualdad procesal y seguridad jurídica.

DISCUSIÓN

1. NOCIÓN DE PRINCIPIOS PROCESALES

Una de las definiciones de la palabra Derecho establecida por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española la considera como un “conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva” (DLE RAE, 2025). Desde una concepción básica, el derecho se encuentra integrado por principios que tienen como objetivo establecer unos lineamientos medulares para regir la vida en sociedad, intención que, desde su génesis, ha sido reconocida por el derecho romano al precisar que se fundamenta en tres principios básicos: *honeste vivere* (vivir honestamente), *alterum non laedere* (no hacer daño al otro), y *suum cuique tribuere* (dar a cada cual lo suyo).

Ahora bien, el doctrinante Robert Alexy concibe a los principios como mandatos de optimización caracterizados porque “pueden ser

cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas” (1988, p. 143). Por su parte, Miguel Enrique Rojas Gómez los caracteriza por ser universales, perpetuos y siempre persiguen su realización (2004, p. 256), lo cual significa que pueden hacerse efectivos en toda la sociedad sin distinción de sus sistemas políticos culturales o religiosos, se mantienen perennes ante cualquier cambio total o parcial del sistema, y, en todo momento, debe procurarse por su aplicación como una garantía para cumplir con la finalidad de una actividad concreta.

A su vez, se considera que los principios tienen tres funciones fundamentales: Creativa, Interpretativa o Hermenéutica e Integrativa (Blanco Zúñiga, 2002, pp. 259-260). Creativa, porque constituyen valores fundamentales de la sociedad que son una fuente en las ramas del poder público (judicial, ejecutiva y legislativa), y, por ende, del ordenamiento jurídico; interpretativa, dado que son una herramienta que permite implementar una hermenéutica que soluciona problemáticas jurídicas (como antinomias, fallas legislativas, etc.); e integradora, en razón a que son el instrumento idóneo para superar lagunas del ordenamiento jurídico.

En razón a su importancia, el desarrollo del derecho trae consigo el establecimiento de una serie de principios generales, que, a su vez, trascienden a cada una de las disciplinas jurídicas que lo componen, entre ellas, por supuesto, el derecho

procesal, con respecto al cual se han concebido principios que, en general, se enmarcan en el denominado debido proceso, que tienen como propósito optimizar la norma procesal para cumplir cabalmente con la materialización del derecho sustancial a través de providencias judiciales que cumplan con las garantías procesales.

En conclusión, los principios procesales pueden definirse como “las bases o fundamentos en que se apoyan las instituciones en el proceso” (Arellano, 1997, p. 30) o como “líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema” (Alvarado, 1995, p. 259).

2.EXCEPCIONES RECONVENCIONALES: COMPENSACIÓN Y NULIDAD ABSOLUTA

Las excepciones se consideran una figura procesal que es una expresión del derecho a la defensa y contradicción mediante la cual el demandado se opone a la demanda, fustigando sus pretensiones del demandante a través de argumentos y medios de prueba con el objeto de rechazarlas, total o parcialmente, o modificarlas (Echandía, 2019, p.214). La doctrina considera que su génesis proviene del derecho romano, cuyo desarrollo se efectúa en el procedimiento formulario donde aparecen las primeras excepciones establecidas por el derecho pretoriano (Petit, 1924, p. 680-681).

En tal sentido, este medio de defensa fue desarrollado paulatinamente por la doctrina procesal, logrando consolidar una variedad de tipos que ostentan efectos particulares dentro del proceso judicial, tales como las excepciones de mérito o fondo, absolutas o relativas, sustanciales y procesales, definitivas y temporales, personales e impersonales, entre otras (Chiovenda, 2000, p. 216).

Entre la gama de excepciones reconocidas se encuentran las excepciones reconventionales, las cuales se diferencian de las excepciones comunes dadas sus características especiales, principalmente, en cuanto a sus efectos, siendo un medio de defensa trascendental en cuanto es propuesto en el trámite del proceso judicial. Las excepciones reconventionales amplían el límite del debate procesal demarcado por la pretensión principal del demandante, puesto que conllevan una pretensión implícita y autónoma que se asemeja a una demanda de reconversión.

Según Alcalá-Zamora, citando a Mortara (1923) las excepciones reconventionales significan, entonces, el sometimiento de un tema distinto y novel al de la pretensión primigenia del demandado con la finalidad de desestimarla, es decir, que con este tipo de defensa el demandado no solamente se defiende de las pretensiones del actor, sino que amplía el límite de la pretensión inicial mediante el reclamo de un derecho propio y autónomo por vía de excepción. Así las cosas, su naturaleza especial significa desestimar las pretensiones de la demanda y, a su vez, solicitar una pretensión

reconventional que podría ser reconocida en el proceso judicial a su favor, por tanto, se torna imperioso el pronunciamiento del juzgador sobre la pretensión principal y la excepción reconventional.

Las excepciones reconventionales se reflejan en el ordenamiento jurídico español mediante la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1 de 2000), específicamente en su artículo 408, donde se regula expresamente lo referente al tratamiento procesal que debe otorgarse cuando se alegan las excepciones de compensación y nulidad absoluta del negocio jurídico, donde se dispone que, en caso de alegarse estas excepciones, podrá ser controvertida por el demandante en el mismo término previsto para contestar una demanda de reconversión. Tanta es su importancia en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que en su exposición de motivos se justifica la existencia de esta figura procesal en virtud de criterios inspiradores como la seguridad jurídica y la economía procesal, con el objetivo de que exista garantía de un tratamiento jurídico idéntico ante circunstancias de la misma índole, y evitar el sometimiento a la justicia de pretensiones que pudiesen tramitarse al interior del mismo proceso judicial, y decidirse en una misma causa por el juzgador, impidiendo la dualidad de procesos judiciales que obstaculicen la obtención de una justicia oportuna y la contradicción de decisiones judiciales que, a la postre, generen un estancamiento del sistema judicial.

Analizada la noción de excepciones reconventionales promulgada por la doctrina procesal y su

introducción en el ordenamiento jurídico español con cimiento en principios procesales de gran valía que se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano, se tiene que las excepciones de compensación y nulidad absoluta guardan armonía con las características que hacen considerarlas como reconventionales, como se expone brevemente a continuación.

La excepción de compensación ostenta suma relevancia por su naturaleza e impacto dentro de la litis procesal. El doctrinante Moreno citado por Márquez (1994, p.60) precisamente consideraba que:

La compensación considerada en su natural encuadramiento, dentro del Derecho privado, no deja de ofrecer ciertas dificultades que merecen singular estudio, al enfrentarla con el proceso, y más concretamente con aquella otra figura que a lo estrictamente procesal pertenece, como es la reconvencción, presenta particulares problemas dignos de detenido análisis.

La compensación es entendida como “la imputación en pago de lo que el acreedor, a su vez, debe al deudor” (Bonfante, apud Márquez, 1994, p. 60), y, por otro lado, (Gastán, apud Márquez, 1994, p. 60), precisa que “la compensación -de cum pensare, pesar reunidas dos cosas- significa, etimológica y muy gráficamente, una operación figurada de pesar simultáneamente dos obligaciones, para extinguirlas en la medida en que el importe de la una esté comprendido en el de la otra”.

La figura jurídica de la compensación está regulada en el artículo 1714 del Código Civil colombiano, que define esta figura así: “Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”. (Código Civil, 1873, artículo 1714). La sobriedad del concepto, como en su literalidad se advierte, va acompañada de otras disposiciones complementarias en aras de alcanzar sus fines. Es así, como el artículo 1715 ibídem dispone que solo basta el ministerio de la ley para que se ejecute la compensación suprimiendo recíprocamente cada deuda hasta la concurrencia de su monto, incluso sin la avenencia y conocimiento de los deudores, sin duda con ese panorama se vislumbra que la compensación es una figura de rápida aplicación en el ordenamiento jurídico para resolver conflictos entre deudores recíprocos, pero esa característica es conferida por la ley, siempre y cuando las deudas cumplan con unas calidades, a saber:

- 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
- 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y
- 3.) Que ambas sean actualmente exigibles.

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor (Código Civil Colombiano, 1873, artículo 1715).

La figura jurídica de la compensación, según lo establecido en

el Código Civil, “al igual que el Chileno y Francés sólo regula la compensación legal, empero, la inveterada doctrina ha considerado que son tres los tipos de compensación, legal (...) jurídica y convencional”. (p.230).

La compensación legal se refiere a lo establecido en el canon 1715 del Código Civil, siendo su particularidad que “opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores” como se desprende del inciso 1º del artículo en cita, en tal sentido, la Corte Constitucional mediante providencia A294-2007, sobre el raciocinio de la expresión “ministerio de la ley” ha pregonado que:

El que algo se produzca “por ministerio de la ley”, significa que no necesita de un acto de voluntad del sujeto, como lo señalan los artículos 1668 y 1715 del Código Civil, según los cuales, la subrogación legal y la compensación se producen aún contra la voluntad, sin el consentimiento del acreedor y aún sin el conocimiento de las partes, pues basta que lo ordene el legislador. Por lo tanto, no exige ningún tipo de actividad por parte del sujeto procesal. Así lo señaló el doctor Hinestrosa en los casos en que participó como conjuez de la Corte: de ipso iure, por virtud de la ley, significa que algo ocurre sin voluntad ni consentimiento de las partes.” (C. Const. Auto 294/2007, M.P. Jaime Araujo Rentería).

Por su parte, la compensación judicial o jurídica hace referencia es aquella que requiere del pronunciamiento de un juez para que produzca sus efectos, ocurre, por ejemplo, cuando es alegada por vía de excepción al interior de un proceso judicial. Por último, la convencional significa que las partes procesales, en ejercicio de su autonomía privada de la voluntad, deciden realizar la compensación sin que necesariamente se exija la totalidad de los requisitos legales de la compensación legal, sino que opera de mutuo acuerdo entre las partes. Ambos tipos de compensación se consideran aplicables, pese a que no son mencionados taxativamente por el Código Civil.

Constituye otra importante excepción reconventional que se encuentra establecida en el ordenamiento sustantivo en materia civil de nuestro país la nulidad absoluta, figura jurídica que se enmarca en el concepto de ineficacia en un sentido amplio, en el cual también se encuentran figuras jurídicas tales como la inexistencia, nulidad absoluta y relativa, inoponibilidad e ineficacia de pleno derecho. En específico, al tenor de la Corte Constitucional, “[l]a nulidad, en cualquiera de sus variantes, es una sanción aplicable al negocio jurídico cuando se configura un defecto en las denominadas condiciones de validez, por ejemplo, la capacidad de los sujetos, el consentimiento exento de vicios (error, fuerza y dolo) o la licitud de la

causa y del objeto ⁷⁵¹ ”. (C. Const. Sentencia 342/2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo).

En ese sentido, se entiende que en lo referente a la nulidad esta se constituye en una sanción impuesta por el ordenamiento jurídico ante una indebida aplicación de la autonomía privada de la voluntad, a través de la utilización del negocio jurídico como medio regulan sus relaciones sociales entre sí, bajo los lineamientos de la iniciativa privada plasmados en la Constitución Política de Colombia de

1991 en sus artículos 333 ⁷⁵², 335 ⁷⁵³ y 58 ⁷⁵⁴.

Lo ilustra con brillantez el tratadista Hinestrosa (2007) cuando, al referirse a la invalidez del negocio jurídico, manifiesta:

La invalidez de un negocio jurídico es la reacción negativa del ordenamiento frente a determinadas transgresiones de normas fundamentales, imperativas, llamadas a encauzar el ejercicio de la autonomía privada, que se expresan en la

⁷⁵¹ Artículo 1502 del Código Civil afirma lo siguiente: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1o.) que sea legalmente capaz.
- 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.
- 4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”.

⁷⁵² ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

⁷⁵³ ARTICULO 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra

relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

⁷⁵⁴ ARTICULO 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.

exigencia de llenar ciertos requisitos o de cumplir ciertos trámites, o en la prohibición de determinadas actividades o giros o estipulaciones”. (p.893)

De esa necesaria protección del ordenamiento patrio se justifica la existencia de la nulidad absoluta, la cual, para concebirse de forma adecuada, se diferencia de la nulidad relativa en cuanto a sus causales, forma de declaración y saneamiento. Sobre el primer aspecto, mientras la nulidad absoluta se presenta cuando el negocio jurídico es realizado por una persona absolutamente incapaz, haya causa u objeto ilícito, o contrarie alguna norma imperativa (Código Civil, 1873, artículo 1741, Código Comercio, 1971, artículo 899), la nulidad relativa se proclama cuando la persona es relativamente incapaz, o exista algún vicio del consentimiento tal como lo son el error, fuerza o dolo (Código Civil, 1873, artículo 1741, Código de Comercio, 1971, artículo 900). En cuanto a su saneamiento, se diferencian porque la absoluta cuando se trata de causa u objeto ilícito no es posible su saneamiento, siendo saneable en los demás casos siempre y cuando se presente la ratificación de las partes o ante la aplicación de la prescripción extraordinaria (Código Civil, 1873, artículo 1742), y, por otro lado, la relativa puede sanearse por el transcurrir del tiempo o por la ratificación de las partes (Código Civil, 1873, artículo 1743).

La tercera diferencia, asunto que es de interés procesal, se relaciona con su declaratoria, partiendo de la base que tanto la nulidad absoluta como la

relativa pueden (y en algunos casos deben) ser propuestas como excepciones al interior del proceso judicial, debido a que ambas requieren el pronunciamiento de una autoridad jurisdiccional. La Corte Constitucional demarca límites entre ambas en el siguiente sentido:

En el caso de la nulidad absoluta el juez por solicitud del Ministerio Público, de cualquier persona con interés en ello o de oficio (Código Civil, 1873, artículo 1742) puede – incluso debe– declarar la nulidad cuando, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia (i) sea manifiesta en el acto o contrato, (ii) el acto o contrato que da cuenta del defecto se haya invocado en el proceso correspondiente como fuente de derechos y obligaciones, y (iii) hayan concurrido al proceso, en su condición de partes, quienes hayan participado en la celebración del acto o contrato o quienes tienen la condición de causahabientes. (C. Suprema. Sentencia del 27 de febrero de 1982, M.P. Alberto Ospina Botero).

En lo que respecta a la nulidad relativa se ha previsto que no puede ser declarada de oficio por el juez ni mucho menos puede ser solicitada por el Ministerio Público en interés de la ley, sino únicamente por el requerimiento de la persona en cuyo interés se hubiere reconocido, sus herederos o cesionarios (Código Civil, 1873, artículo 1743. Código de Comercio, 1971, artículo 900). Esta regla en materia de nulidad sostiene que la acción de nulidad relativa solo la tiene el contratante a

quien la ley ha querido proteger al establecer la nulidad sin que sea posible su alegación por parte de la contraparte.

3. PRINCIPIOS DE IGUALDAD PROCESAL Y SEGURIDAD JURÍDICA

La igualdad procesal tiene su fuente en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia donde se pregona como derecho fundamental la igualdad de todas las personas ante la ley, al recibir una misma consideración frente a las autoridades públicas y gozar de idénticos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación alguna, con apoyo en la promoción estatal que tiene la obligación de consolidar una igualdad real y efectiva con respecto a las personas discriminadas, marginadas y que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta.

El canon constitucional se refleja en el artículo 4 del Código General del Proceso en el cual se dispone que le corresponde al juzgador aplicar a plenitud los poderes conferidos en la norma procesal en aras de conseguir la igualdad real entre las partes; disposiciones contenidas, principalmente, en el título III, artículos 42, 43 y 44 del estatuto procesal general, consistentes en poderes correccionales, de ordenación e instrucción y una multiplicidad de deberes que demuestran la importancia de la igualdad procesal en el proceso judicial.

Bajo esa perspectiva, la Corte Constitucional en la sentencia C-690 de

2008 ha determinado el alcance del principio de igualdad procesal haciendo énfasis en que los sujetos que concurren al proceso judicial tienen derecho a las mismas oportunidades procesales, con base en el desarrollo de la denominada bilateralidad de la audiencia también conocida como *audiatur et altera pars*, que implica la inexistencia de ventajas a favor de alguna de las partes en el proceso judicial, cristalizada, principalmente, en la contestación de la demanda, réplica a excepciones, aporte de pruebas, alegatos de las partes, derecho a la impugnación de las decisiones judiciales, entre otros aspectos.

Por otro lado, la seguridad jurídica se complementa con el principio de igualdad procesal, siendo un principio multidimensional de raigambre constitucional cuyo asidero se deriva de los artículos 1, 2, 4, 5, y 6 de la Constitución Política de Colombia (sentencia T-502 de 2002), y que significa la garantía de poder identificar en el ordenamiento jurídico aquello que se ordena, prohíbe o permite, mediante una efectiva interpretación del derecho con miras a la obtención de un orden justo, consiguiendo el respeto y materialización de los derechos y libertades ciudadanas (sentencia C-284 de 2015).

Siendo delimitados los alcances de los principios procesales objeto de estudio, es pertinente precisar de manera *sui generis* cuándo se considera que acontece una transgresión a un principio procesal. En este escenario, conviene memorar que la Corte Constitucional ha estimado que existen garantías procesales que no son

absolutas y pueden ser objeto de limitaciones por el legislador apelando a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, siempre que se conserve su núcleo esencial y no se afecte a otras garantías procesales (sentencia C-371 de 2011).

4. LESIÓN A LOS PRINCIPIOS PROCESALES POR EL TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES RECONVENCIONALES

A lo largo del texto se ha precisado que los principios procesales se caracterizan por ser universales, perpetuos, y siempre persiguen su realización, y cumplen una función creativa, interpretativa e integradora. Además, se encuentran reconocidos en la Constitución Política de 1991 y el Código General del Proceso dada su relevancia, y han sido desarrollados por la jurisprudencia de las altas cortes, delimitando su alcance. Teniendo en consideración lo expuesto, su matiz orientador del ordenamiento jurídico permite efectuar un análisis con respecto al tratamiento jurídico de las excepciones reconvencionales de compensación y nulidad absoluta en la norma procesal, con el objeto de dilucidar la transgresión de los principios de igualdad procesal y seguridad jurídica.

Un asunto basilar resulta, entonces, realizar una revisión de las normas que regulan el trámite de las excepciones en el Código General del Proceso actualmente para determinar la aludida vulneración de los principios procesales. Se tiene, que en la norma procesal colombiana, el proceso

declarativo se regula en el artículo 368 del Código General del Proceso, del cual se desprenden el proceso verbal, verbal sumario y declarativos especiales, establecidos en el libro tercero de la codificación procesal. El proceso verbal cumple una función residual en el plexo normativo procesal, pues se pregona que se sujetan a su trámite todos los asuntos contenciosos que no tengan una regulación especial, ello con el objetivo de garantizar que todos los asuntos serán debidamente sometidos a la justicia, sin que, bajo ninguna circunstancia, por inexistencia de un proceso judicial pueda decidirse un asunto sometido a la jurisdicción; es decir, que la disposición en comento cumple una función integradora en aras de evitar que se omita el sometimiento a la justicia de determinados asuntos a falta de una disposición legal que lo regule (López, 2017, p. 49).

Ahora bien, el proceso verbal tiene su regulación específica que lo diferencia de los demás, no sólo por los asuntos que son sometidos a su procedimiento, sino en cuanto a las formas procesales que lo reglamentan, en especial, lo referente a los términos procesales. Así las cosas, el término de traslado de la demanda es por 20 días, en los cuales tiene la oportunidad de materializar su derecho a la contradicción mediante la oposición a la demanda, proposición de excepciones previas o de mérito (sean comunes o reconvencionales); y sobre las excepciones de mérito propuestas se otorga un traslado de 5 días (art. 370, CGP) para que el demandante exponga sus argumentos y pida nuevas pruebas

en aras de controvertir la defensa del demandado.

Con respecto al proceso verbal sumario existen unos elementos diferenciadores. En este proceso judicial, se reduce el término para contestar la demanda a 10 días, e igualmente lo referente a la réplica de las excepciones de mérito, puesto que ahora el demandante solamente puede oponerse y solicitar pruebas en el término de 3 días (art. 391, inc. 6, CGP). Si bien se denota una palmaria diferencia en cuanto a los términos procesales, dada la voluntad del legislador de someter a un trámite más o menos expedito determinados asuntos, en todo caso se maneja la misma lógica alusiva a que el término para ejercer la réplica a las excepciones de mérito (sean comunes o reconconvencionales, se itera), es menor que el término de traslado de la demanda, aspecto que no resulta una regla inmutable en la codificación procesal, dado que en el proceso ejecutivo ocurre una situación diametralmente opuesta.

En el proceso ejecutivo, el cual se regula a partir del artículo 422 del Código General del Proceso, se establece que el término de traslado de la demanda al demandado es por 10 días para ejercer su derecho a la contradicción contra el mandamiento de pago, y, a diferencia de los procesos verbal y verbal sumario, en artículo 433, numeral 1, dispone que la réplica a las excepciones de mérito propuestas por la parte ejecutada es por 10 días para también oponerse mediante la exposición de argumentos y aporte o solicitud de pruebas, es decir, el mismo término de traslado de la demanda, un

fiel reflejo de lo que implica la igualdad procesal y la bilateralidad de la audiencia, donde no existen ventajas entre las partes, sino que los términos procesales son exactamente los mismos.

En síntesis, en el proceso declarativo, el término de traslado para realizar la contestación de la demanda es de 20 días si el proceso es verbal y 10 días si es verbal sumario, y la réplica a las excepciones de mérito es de 5 y 3 días respectivamente, mientras que en el proceso ejecutivo la contestación de la demanda se puede efectuar durante el término de 10 días, y en un lapso de tiempo igual de 10 días, la parte ejecutante puede ejecutar la réplica a las excepciones de mérito planteadas. Lo anterior, denota una disparidad palpable en cuanto al tratamiento de las excepciones de mérito dentro del Código General del Proceso.

En la norma procesal civil colombiana no se evidencia que haya una regulación especial sobre las excepciones reconconvencionales de compensación y nulidad absoluta cuando son propuestas dentro del proceso declarativo, sino que el régimen sobre excepciones es homogéneo en el sentido que se proponen dentro del término de traslado de la demanda, y su réplica es idéntica, sean las excepciones comunes o reconconvencionales como la compensación y la nulidad absoluta.

La regulación actual denota una palpable problemática dada la ausencia de regulación especial de las excepciones reconconvencionales, puesto que ello ha significado que actualmente se aplique un trámite homogéneo para las excepciones comunes y

reconvencionales de nulidad absoluta y compensación, irrumpiendo contra el núcleo esencial de los principios de igualdad procesal y seguridad jurídica.

Es imposible sostener que al otorgarse el traslado de una excepción reconvencional por el término de 5 días se respeta la igualdad procesal, debido a que, ante su naturaleza especial, en realidad el término conferido es sumamente inferior, empero, sus consecuencias son similares a las pretensiones de la demanda, con respecto a las cuales el demandado tiene un término más amplio para ejercer su contradicción, de conformidad con la necesaria bilateralidad de la audiencia. Ello implica la existencia de incertidumbre jurídica en la norma procesal, situación que contraría el principio de seguridad jurídica, comoquiera que no hay certeza acerca de las consecuencias procesales derivadas de la proposición de las excepciones reconvencionales dada la ausencia de una regulación especial. Sin ambages, es indispensable para preservar la integridad de los principios procesales objeto de estudio la búsqueda de una solución que permita modificar el trámite de las excepciones reconvencionales en línea con la igualdad procesal y seguridad jurídica.

Es evidente que los elementos suficientes para corregir esta problemática existen en el ordenamiento jurídico, sin que exista una transgresión al debido proceso, comoquiera que los principios procesales se encuentran reconocidos en la Constitución Política de Colombia y el Código General del Proceso, por tanto, una vía que podría resolver el

problema planteado podría ser el pronunciamiento expreso de las altas cortes, en su función interpretativa y unificadora, que modifique el trámite de las excepciones reconvencionales, empero, hasta el momento, no hay pronunciamientos diáfanos al respecto.

Aunado a lo anterior, en los actuales momentos cuando se habla de reformas a los códigos procesales en repuesta a las circunstancias fácticas que acontece el país, también sería oportuno memorar la importancia de los principios como faro orientador del ordenamiento jurídico para solucionar lo referente al trámite de las excepciones reconvencionales de nulidad absoluta y compensación; en todo caso, mientras tanto, valiéndose de la libertad de pensamiento que permite la ciencia del derecho, se deja clara la existencia de un flagelo que atenta contra los principios procesales de igualdad procesal y seguridad jurídica en ocasión a la indebida aplicación de las excepciones reconvencionales de nulidad absoluta y compensación en nuestro ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES

1. Los principios de igualdad procesal y seguridad jurídica tienen un cimiento de carácter constitucional y se encuentran insertados en el Código General del Proceso, por tanto, su carácter tiene la entidad suficiente para interpretar la forma en que deben aplicarse las figuras procesales en nuestro ordenamiento jurídico.

2. La función creativa, interpretativa e integradora en conjunto con sus características de universales,

perpetuos, y que siempre persiguen su realización, hacen que los principios igualdad procesal y seguridad jurídica tengan absoluta relevancia en el desarrollo de las figuras procesales consagradas en nuestra legislación, tales como las excepciones.

3. Las excepciones reconventionales de nulidad absoluta y compensación son reconocidas por la doctrina y la norma sustancial (Código Civil), donde se establece una marcada diferencia en cuanto a sus efectos con respecto a las excepciones denominadas comunes.

4. El Código General del Proceso no posee una regulación especial para el trámite de las excepciones reconventionales, sino que se limita a considerar bajo un mismo rasero todos los tipos de excepciones de mérito, pese a que doctrinal y sustancialmente se tiene certeza de su notoria diferencia con respecto a las excepciones comunes.

5. La ausencia de una regulación especial en el Código General del Proceso para tramitar las excepciones reconventionales lesiona los principios de igualdad procesal y seguridad jurídica, pues va en contravía de su núcleo esencial y no existe justificación alguna para disminuir los efectos de tales principios.

6. En nuestro ordenamiento jurídico existen herramientas suficientes para evitar la lesión de los principios en comento, debido a que la jurisprudencia de las altas cortes en su función unificadora e interpretativa de la norma o una eventual reforma aprovechando los actuales momentos de palpitantes cambios en cuanto a la codificación

procesal colombiana pudiese solventar la situación, optimizando la consecución los fines del proceso judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012.
- Código Civil, Ley 84 de 1873.
- Código de Comercio, Decreto 410 de 1971.
- Ley de Enjuiciamiento Civil Española, Ley 1 de 2000.
- Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, en línea, consultado el 5 de enero de 2024. <https://dle.rae.es/derecho?m=form>
- ALEX, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, Doxa, Cuadernos de Filosofía de Derecho, nº 5, 1988, p. 143-4. Citado por ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Sobre Principios y Reglas (en línea). http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_04.pdf
- ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *Teoría del Proceso*. Segunda edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2004.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Teoría General del Proceso*. Sexta edición. México D.F. Porrúa. 1997.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del*

- derecho procesal*. Santa Fe. Editorial Rubinzal-Culzoni. 1995.
- BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto. Los principios generales del derecho en la Constitución de 1991. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 17: 248-262, 2002.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis. (2019).
- CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo I. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. (2000).
- PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Madrid: Editorial Saturnino Calleja. (1924).
- ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. *Clínica Procesal*. México.
- MÁRQUEZ, M (1994), *La reconvencción*.
- HINESTROSA, F. *Tratado de obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes*. (Tomo I, 2a ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-690 de 2008. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-690-08.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-404 de 1997. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-404-97.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-502 de 2002. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-502-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-284 de 2015. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-284-15.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-371 de 2011. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-371-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Auto 294/2007, M.P. Jaime Araújo Rentería. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2007/A294-07.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia 342 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-342-17.htm>
- Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de febrero de 1982, M.P. Alberto Ospina Botero.
- LOPEZ, Hernán Fabio (2013). *Código General del Proceso. Parte especial*. DUPRE Editores.

O PAPEL DOS SUJEITOS NA JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA A CASOS CÍVEIS JUDICIALIZADOS: PROTAGONISMO OU SUBSTITUIÇÃO?⁷⁵⁵

THE ROLES OF THE SUBJECTS IN RESTORATIVE JUSTICE APPLIED TO JUDICIALIZED CIVIL CASES: PROTAGONISM OR SUBSTITUTION?

João Renato Rodrigues Siqueira

Assessor Jurídico no Ministério Público do Trabalho da 8 Região. Mestre em Direito no PPGD/UFPA. Pós-Graduando em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro. Graduado em Direito-UFPA; Membro do grupo de Pesquisa “Comunidade, conflitos e a Paz” (CNPq); E-mail: joao.renato.rs@gmail.com.

Sandoval Alves da Silva

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), na linha de pesquisa sobre constitucionalismo, democracia e direitos humanos, Procurador do trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 8.^a Região, Professor da Universidade Federal do Pará (UFPA), na Pós-Graduação de Direito - PPGD com as disciplinas “Solução de problemas e de conflitos por acordo e a concretização dos direitos sociais” e “Processo dialógico de concretização dos direitos sociais”, bem como na graduação com as disciplinas Teoria Geral do Processo e Processo Civil, membro da IAPL (International Association of Procedural Law), membro do IIDP (Instituto Ibero Americano de Direito Processual). Associado da ANNEP (Associação Norte Nordeste dos Professores de Processo), Membro da Academia Paraense de Letras. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Comunidade, conflitos e a Paz” (CNPq); E-mail: sandovalsilva4@yahoo.com.br.

Camille de Azevedo Alves Siqueira

Mestra em Direito pelo PPGD/UFPA. Pós-Graduada em Advocacia Civil pela Fundação Escola do Ministério Público (FMP). Especialização em Prática Jurídica e Social pelo PPGDDA/UFPA. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará. Facilitadora de Círculos de Justiça Restaurativa certificada pela Escola Superior de Magistratura do Rio Grande do Sul (ESM-AJURIS). Membro do Grupo de Pesquisa “Observatório de Justiça Restaurativa” (CNPq) e do Grupo de Pesquisa “Comunidade, conflitos e a Paz” (CNPq); E-mail: camilledeazevedoalves@gmail.com.

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar o papel dos sujeitos na Justiça Restaurativa e, mais especificamente, nos círculos de construção de paz,

aplicados a casos cíveis judicializados. Historicamente, a ação processual surge como substituta da ação material (autotutela e autocomposição) sob

⁷⁵⁵ Artigo recebido em 03/09/2023 e aprovado em 10/01/2024.

justificativa de evitar os excessos e garantir a racionalidade e a humanização da solução de conflitos. No exercício do direito de ação processual, há uma dupla substituição e “incapacitação” relacional do sujeito, uma postulatória e outra decisória. A primeira decorre da obrigatoriedade de constituir advogado público ou privado para ingressar com algumas demandas judiciais. O advogado surge no sistema judicial como um primeiro substituto dos sujeitos, responsável por decidir quais questões serão levadas a juízo (substituição postulatória) e como serão apresentadas com fito a convencer o juiz. Porém, a Justiça Restaurativa desponta como forma de encorajar os envolvidos a assumirem o protagonismo na administração de seus conflitos. Portanto, diante da tensão entre o protagonismo dos envolvidos e o papel do advogado, questiona-se: em que medida os advogados podem participar de círculos de construção de paz, especialmente em casos cíveis judicializados? Para respondê-la, adotou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e, como método de procedimento, o bibliográfico. A hipótese deste trabalho é que durante o círculo de construção de paz aplicado a casos judiciais cíveis, o papel do advogado obscurece-se, pois não é necessário um relato técnico-jurídico sobre os fatos e nem há um terceiro a ser convencido. Todavia, não deriva dessa constatação a total exclusão do advogado, que pode auxiliar e fiscalizar a confecção do acordo, em termos jurídicos, para que ele seja homologado pelo juiz. Tal advogado poderia inclusive compor uma equipe multidisciplinar e

ser um “amigo” do procedimento, sem se vincular a qualquer dos sujeitos. Portanto, embora os círculos restaurativos exijam o protagonismo dos sujeitos envolvidos no conflito e os advogados atuem em um regime de representação judicial ou “incapacitação” relacional e postulatória perante o juiz, sua participação na Justiça Restaurativa, *a posteriori*, é importante para a validade do acordo e não deve ser excluída.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição; substituição; círculos de construção de paz; protagonismo. advogado.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the role of subjects in Restorative Justice and, more specifically, in peacemaking circles, applied to judicialized civil cases. Historically, procedural action appears as a substitute for material action (self-protection and self-composition) under the justification of avoiding excesses and guaranteeing rationality and humanization of conflict resolution. When exercising the right to procedural action, there is a double substitution and relational “incapacitation” of the subject, one postulatory and the other decisional. The first arises from the obligation to appoint a public or private lawyer to file certain legal demands. The lawyer appears in the judicial system as a first substitute for the subjects, responsible for deciding which issues will be taken to court (postulatory substitution) and how they will be presented in order to convince the judge. However, restorative justice emerges as a way of encouraging those involved to

take the lead in managing their conflicts. Therefore, given the tension between the protagonism of those involved and the role of the lawyer, the question arises: to what extent can lawyers participate in peacebuilding circles, especially in judicialized civil cases? To answer it, the hypothetical-deductive approach method was adopted and, as a procedural method, the bibliographic one. The hypothesis of this work is that during the peacebuilding circle applied to civil judicial cases, the role of the lawyer becomes obscured, as a technical-legal report on the facts is not necessary and there is no third party to be convinced. However, this finding does not result in the total exclusion of the lawyer, who can assist and supervise the creation of the agreement, in legal terms, so that it can be approved by the judge. Such a lawyer could even form part of a multidisciplinary team and be a “friend” of the procedure, without being linked to any of the subjects. Therefore, although restorative circles require the protagonism of the subjects involved in the conflict and lawyers act under a regime of judicial representation or relational and postulatory “incapacitation” before the judge, their participation in Restorative Justice, a posteriori, is important for the validity of the agreement and should not be excluded.

KEYWORDS: jurisdiction. Substitution; peacemaking circles; protagonism; lawyer.

INTRODUÇÃO

No exercício do direito de ação processual, há uma dupla substituição e “incapacitação” relacional postulatoria e relacional decisória do sujeito, a primeira em relação ao advogado e a segunda em relação ao juiz.

Dito de outra forma, a primeira decorre da obrigatoriedade de constituir advogado público ou privado para ingressar com algumas demandas judiciais. Dessa forma, os fatos vão ao conhecimento do juiz não por meio daquele que os vivenciou, mas por meio de um terceiro, que poderá até distorcê-los para melhor fundamentar sua pretensão jurídica.

Em seguida, os sujeitos serão novamente substituídos, pois os conflitos, problemas e insatisfações sociais (CPIS) serão solucionados ou decididos pelo juiz, em um regime de incapacidade jurídica relacional. Logo, há uma forma negociada, dialogada e cooperada no âmbito originário da resolução dos CPIS, mas os sujeitos recorrem ao regime derivado de substituição da vontade dos envolvidos pelo juiz.

A Justiça Restaurativa, ao contrário, no caso de CPIS, encoraja os envolvidos a assumirem papéis mais ativos mediante a negociação, o diálogo e a cooperação. Os envolvidos são convidados a não se incapacitarem em seu caráter relacional, mas a serem protagonistas, isto é, a não delegarem a um terceiro a função de relatar suas dores e seus dramas e a não serem substituídos na solução de seus próprios CPIS por outro terceiro, o qual atuará com elementos de prova que podem comprometer o

senso de justiça em relação ao provimento judicial.

Consequentemente, há uma tensão entre o protagonismo dos envolvidos, enquanto pilar da Justiça Restaurativa, e a figura do advogado, que surge no sistema de substituição judicial como a primeira forma de “incapacitação” relacional, processual e postulatória para decidir sobre as questões deduzidas em juízo.

Tal tensão fica evidente no círculo de construção de paz que compreende quatro momentos igualmente importantes: (1) o conhecer-se, (2) a construção de relacionamentos, (3) a abordagem do problema e (4) o desenvolvimento de um plano de ação.

Por consequência, inexistente espaço para um terceiro “fora do círculo” ou para alguém que não esteja envolvido com os CPIS, salvo o facilitador, portanto, um ouvinte. Todos devem sentar e compor o círculo, participando das dinâmicas, respondendo às perguntas, conhecendo-se para então conhecer o outro e construir pontes de empatia.

No contexto atual, em que a Justiça Restaurativa é aplicada principalmente e quase exclusivamente na área penal, apesar de ser plenamente aplicável a outras áreas, a intermediação dos advogados, membros do Ministério público, defensores e procuradores é fundamental para garantir a dimensão técnico-jurídica do fato.

Todavia, na Justiça Restaurativa aplicada no âmbito cível, os envolvidos não precisam ser substituídos e “incapacitados” (representados em seus atos volitivos), pois ninguém melhor que os próprios sujeitos dos CPIS, os quais vivenciaram os fatos e

sentiram diretamente as consequências de suas ações, para tentar solucionar, administrar ou transformar seus CPIS.

Assim, questiona-se em que medida o papel do advogado, em círculos restaurativos aplicados a casos cíveis, tensiona a substituição, enquanto característica da jurisdição, e o protagonismo na facilitação da restauração, enquanto fundamento das práticas restaurativas.

Levanta-se a hipótese de que, no círculo de construção de paz aplicado a casos judiciais cíveis, o papel do advogado obscurece-se, pois não há um terceiro a ser convencido, nem a necessidade de um relato técnico-jurídico sobre os fatos.

Não deriva, porém, dessa constatação a ideia de não participação do advogado dos envolvidos. Com efeito, o advogado pode auxiliar e fiscalizar a confecção do acordo, em termos jurídicos, para que ele seja homologado pelo juiz, se for o caso, bem como pode aconselhar os participantes no procedimento restaurativo. Ademais, o advogado poderia compor uma equipe multidisciplinar com diversos profissionais que auxiliem o facilitador e os participantes do círculo restaurativo. Esse advogado não seria vinculado aos envolvidos, isto é, não representaria nenhum deles, seria antes um “amigo” do procedimento, tal qual um *amicus curiae*.

Portanto, embora os círculos restaurativos exijam o protagonismo dos participantes e os advogados surjam em um regime de “incapacitação” relacional e postulatória por representação da vontade dos envolvidos no processo e por

substituição, sua participação, a *posteriori*, é importante para a validade do acordo e não deve ser excluída.

Utiliza-se aqui o método de abordagem hipotético-dedutivo: propõe-se uma hipótese para o problema e tenta-se averiguá-la ao longo do trabalho. Como método de procedimento, adota-se a pesquisa bibliográfica para a obtenção de dados e de argumentos a fim de corroborar ou desqualificar a hipótese levantada.

Para verificar a hipótese, analisa-se, na primeira seção, a jurisdição enquanto substituição dos sujeitos e seu regime de “incapacitação” relacional e postulatória por assunção da vontade dos litigantes. Na segunda seção, examinam-se os fundamentos basilares da Justiça Restaurativa, enfocando o protagonismo dos sujeitos envolvidos em CPIS. Na terceira seção, aborda-se o círculo de construção de paz enquanto prática restaurativa. Na quarta seção, apresenta-se o papel do advogado e tecem-se considerações sobre sua participação em círculos restaurativos no âmbito cível e a possível tensão entre sua atuação em um regime de substituição e de “incapacitação” relacional postulatória e o

protagonismo, enquanto pilar da Justiça Restaurativa.

1. JURISDIÇÃO E SUBSTITUIÇÃO

A teoria da ação, assim como todos os fenômenos processuais, está, necessariamente, ligada à função do Direito na sociedade, a qual se refere a ordenação dos interesses que se manifestam na vida em sociedade, organizando a cooperação entre as pessoas e a composição dos conflitos. No que concerne à composição dos conflitos (ou melhor, dos CPIS), a tarefa do Direito, para alguns, é harmonizar e coordenar as relações jurídicas com critérios justos⁷⁵⁶, equitativos, racionais e humanizados.

Para os que entendem o conflito como patologia⁷⁵⁷, deve-se observar que a aplicação do Direito não é exclusiva das relações jurídicas conflituosas ou da patologia jurídica; pelo contrário, a forma fisiológica do Direito possui mais aplicação do que a forma patológica, pois aplica-se o Direito constantemente sem qualquer alusão a conflito ou, ainda, sem qualquer intervenção de um terceiro estatal ou privado para a justa e

⁷⁵⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26).

⁷⁵⁷ Observa-se que apenas existe conflito em relações sociais em que haja interdependência, em que os envolvidos tenham corresponsabilidade nas suas causas e autonomia em relação à construção participada da transformação promovida pelo conflito. Portanto, sendo o conflito inerente aos indivíduos e aos grupos sociais, ele deixa de ser

patológico e passa a ser um elemento fisiológico da estrutura relacional humana (ARAÚJO, Mayara de Carvalho. **Justiça restaurativa comunitária: análise de efetividade a partir do Programa Conjunto da ONU em Contagem – MG**. 2019. 410 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019; p. 218-219; SPENGLER, Fabiana Marion. **O terceiro e o triângulo conflitivo: o mediador, o conciliador, o juiz e o árbitro**. São Carlos: Pedro & João Editores, 2018, p. 45).

equitativa solução, administração ou transformação⁷⁵⁸ dos CPIS.

A relevância e a importância conferidas às relações conflituosas⁷⁵⁹ direcionam o centro das atenções da função ordenadora do Direito para as formas judiciais de solução de conflito, o que leva à falsa conclusão de que apenas o Poder Judiciário aplica o Direito ao caso concreto⁷⁶⁰, quando existe um universo de pessoas que aplicam o Direito na vida cotidiana, com organização e cooperação entre as pessoas, sem a necessidade de qualquer intervenção de um terceiro judicial ou privado alheio às relações.

Todavia, canalizar as demandas conflituosas para o Judiciário, com

exceção das ações necessárias, é perder o protagonismo individual para resolver os próprios CPIS. Logo, quando uma pessoa solicita, por meio do exercício do direito de ação, que um terceiro judicial resolva os seus problemas por ela, essa pessoa automaticamente se “incapacita” para resolvê-los e passa tal responsabilidade para terceiros parciais (advogados com a representação postulatória) e imparciais (juízes com poderes de substituição e de decisão com base na vontade dos sujeitos nos CPIS deduzidos em juízo).

A ação decorre da violação (lesão) ou da ameaça de lesão à ordem jurídica, podendo ser praticada diretamente por

⁷⁵⁸ Compreende-se que nem todos os conflitos, os problemas e as insatisfações sociais (CPIS) são solucionáveis, alguns conseguem ser apenas administráveis enquanto perduram e outros podem ser transformados, isto é, podem ensejar mudanças construtivas. Ademais, compreende-se também que alguns conflitos devem ser estimulados para possibilitar a evolução da comunidade, uma vez que são vetores de mudanças, propiciam a transformação de comportamentos, de pensamentos, de instituições, o que, conseqüentemente, possibilita a reinvenção da humanidade (SILVA, Sandoval Alves da; ALVES, Camille de Azevedo; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. Análise crítica acerca da possibilidade de aplicação da justiça restaurativa pelo ministério público do trabalho. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, 2020, p. 45).

⁷⁵⁹ Estar em conflito é natural e é normal, pois o conflito é fisiológico e não patológico. Conseqüentemente, o desdobramento jurídico dessas formas distintas de olhar o conflito é o modo como ocorrerá o tratamento (SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos**: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 96).

⁷⁶⁰ No presente trabalho, não se pretende negar ou subestimar a importância da jurisdição estatal para a proteção de direitos, resguardando os sujeitos envolvidos de situações que antes eram suscetíveis de sucessivas e de maciças violações, visto que, em última *ratio*, será a jurisdição pública ou privada a solução racional, humanizada, justa e equitativa dos conflitos existentes. Portanto, constata-se que o processo é uma garantia contra abusos, pois atua por meio da contenção de abusos. O processo não apenas limita os arbítrios dos grandes litigantes e dos violadores de direitos, como também substitui a vontade dos sujeitos envolvidos na solução de seus problemas. A substituição não é, necessariamente, um problema, pois a jurisdição estatal é um modo legítimo e necessário de resolução, administração e transformação de conflitos, de problemas e de insatisfações sociais (CPIS), sendo importante para diversas situações e direitos envolvidos, a exemplo das ações necessárias. O problema é a solução judicial estatal dos CPIS ser sobreposta, priorizada e enaltecida em detrimento da solução originária, negociada, dialogada e cooperada.

quem sofreu a lesão ou ameaça (ação material) ou por meio de uma terceira pessoa estatal (ação processual)⁷⁶¹ ou privada (arbitragem ou ação consensual).

Constata-se que a ação material surgiu da *actio* romana como uma primeira forma de solução dos conflitos, por meio da autotutela ou da autocomposição, que consistia, principalmente, no exercício do poder privado pertencente ao particular titular do direito de perseguir, capturar e até matar quem violasse a ordem jurídica⁷⁶².

As medidas tomadas em defesa da ação material, em diversos casos, eram extremadas e contrárias à harmonização social ou à pacificação social dos conflitos, levando a sociedade a, racionalmente, vedar ou limitar as práticas da ação material, permitindo,

por intermédio de um terceiro (Estado ou árbitro), a solução racional, humanizada, justa e equitativa dos conflitos⁷⁶³.

Dessas limitações ou vedações racionais, surge um novo conceito: a ação processual. A ação processual consiste na contrapartida natural da proibição da tutela privada, também alcinhada de exercício arbitrário de suas próprias razões ou de justiça com as próprias mãos⁷⁶⁴, o que demonstra claramente o caráter substitutivo⁷⁶⁵ da ação processual na maioria das hipóteses tuteladas pela ação material. Entretanto, ressalva-se que nem todas as formas de exercer o direito de ações materiais foram vedadas ou limitadas, pois ainda existem hipóteses de aplicação da ação material. De fato, as formas racionais, humanizadas, justas e

⁷⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999, p. 124; MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 160.

⁷⁶² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 166.

⁷⁶³ Diz-se racional, humanizada, justa e equitativa porque o juiz não pode perseguir, capturar e até matar quem violou o ordenamento jurídico, isto é, não pode agir como o particular na ausência do Estado ou em um estado de barbárie parâmetros racionais, humanos, justos e equitativos para solucionar os conflitos (AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da “ação de direito material”. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 9, n. 33, jul./set. 2004, p. 534).

⁷⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-162.

⁷⁶⁵ O direito executa a distribuição dos bens da vida de duas maneiras: (1) de forma voluntária ou (2) pela utilização do processo e do exercício do

direito de ação e do poder-dever jurisdicional do Estado, o qual se caracteriza pela substitutividade dos sujeitos envolvidos no conflito. Ainda sobre o tema, a jurisdição possui três características essenciais: (1) a inércia, (b) a substitutividade e (c) a natureza declaratória. Acerca da substitutividade, o autor elucida que a jurisdição é exercida em decorrência da vedação (ou da limitação) da autotutela. Devido à vedação de que as pessoas pratiquem os atos necessários à satisfação de seus interesses (ressalvadas algumas hipóteses), tal incumbência é transferida ao Estado, o qual exerce a jurisdição e pratica os atos necessários à satisfação do direito que não se pode proteger por autotutela. Todavia, a atuação jurisdicional não se limita a substituir a atuação daquele que tem razão e não pode agir de mão própria, também substitui aquele que não tem razão. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Ações cautelares**. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, 1983, p. 30-31; CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2019, p. 68-69).

equitativas permanecem até hoje vigentes na ordem jurídica, como, por exemplo, a retenção (por benfeitoria, por não pagamento de aluguel ou hotel), a compensação, o desforço imediato, a greve, entre outras.

Dessa forma, a ação material é exercida sem a necessidade de postulação contra o Estado, para que a tutela jurídica seja prestada. Em outras palavras, não há a necessidade de se estabelecer uma relação jurídica processual para que o Estado-Juiz tenha de entregar a tutela jurídica ou prestação jurisdicional, uma vez que a tutela jurídica, nesse caso, é prestada de forma privada pelo próprio autor⁷⁶⁶.

A correlação entre ação material e processual é importante, pois a ação processual almeja a aplicação do direito conflituoso de forma racional, humanizada, justa e equitativa em substituição à ação material, representando um instrumento de acesso à justiça. Entretanto, parte da doutrina não admite o conceito de ação material e não aceita explicar a ação processual como substituição pelo juiz da ação material do autor.

A ação processual não representa uma atuação conjunta e concomitante com a ação material; a ação processual é exercida em substituição à ação material, quando está vedado o

exercício privado da pretensão civil ou de direito material ao arbítrio das próprias razões dos sujeitos envolvidos em CPIS.

Tal assertiva não leva a concluir que a ação processual não depende da ação material, mas que há um regime de substituição da ação material vedada, para a processual agora obrigatória, substituição que marca toda a atividade processual até a entrega da tutela jurisdicional, que deve devolver à realidade material a solução do conflito ou da ameaça.

Assim, a ação processual substitui a ação material na proporção que a racionalidade e a humanização da solução de conflitos permitem, não podendo a ação processual chegar às mesmas atuações que a ação material chegaria pelo exercício arbitrário de suas razões, com violência, morte etc. Logo, constata-se que a jurisdição estatal que tutela a ação material por meio do direito de ação processual é sempre substitutiva, secundária ou subsidiária, e às vezes não se submete à secundariedade da jurisdição ou à subsidiariedade resolutiva⁷⁶⁷.

Portanto, pelo exposto, na teoria da jurisdição pela substituição dos sujeitos, há uma mudança de perspectiva de um juiz *Homo sapiens*⁷⁶⁸

⁷⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999, p. 124.

⁷⁶⁷ Constata-se que a jurisdição estatal é sempre substitutiva, pois os sujeitos serão representados por terceiros que falarão e decidirão por eles, mas nem sempre é subsidiária pois existem ações necessárias, isto é, demandas que necessariamente devem

passar pelo Poder Judiciário, como os casos envolvendo menores, ações penais públicas e outras. Dessa forma, a depender do caso tutelado, a jurisdição estatal é subsidiária, pois só é exercida quando não ocorre a atuação voluntária do direito, mas sempre será substitutiva.

⁷⁶⁸ Juiz *Homo sapiens* é a autoridade legitimada pela vontade coletiva ou individual para agir

para um juiz *Homo deus*⁷⁶⁹ que tem a obrigação de tutelar aquele que tem direito segundo a percepção de um ser superior moral.

No direito civil, a capacidade de fato é a aptidão para o exercício dos atos da vida civil. Assim, a incapacidade pode ser absoluta ou relativa. A incapacidade absoluta consiste na impossibilidade de exercer sozinho os atos da vida civil, sendo necessário que os sujeitos sejam devidamente representados pelos pais ou pelos representantes legais; ao passo que a incapacidade relativa permite que o sujeito realize certos atos desde que assistido pelos pais ou pelos representantes⁷⁷⁰.

Ainda na doutrina civil, o termo “legitimidade”⁷⁷¹ não se refere a uma capacidade genérica para os atos da vida negocial, refere-se antes a uma aptidão específica para a prática de determinados atos, que pode cessar em certa época ou perdurar durante toda a existência do agente. Consequentemente, não se discutem as qualidades intrínsecas da pessoa, sua

capacidade, que a habilitam para os atos da vida negocial. Ao contrário, analisa-se a posição de determinadas pessoas em determinadas situações criadas fora de sua capacidade, que não está em discussão. Logo, trata-se de uma incapacitação específica⁷⁷²⁷⁷³.

Assim, no ato da demanda, os sujeitos envolvidos no conflito “incapacitam-se”⁷⁷⁴ ou, em um paralelo com o direito material, tornam-se ilegítimos voluntariamente para resolver (ou administrar, ou transformar) seus CPIS perante o juiz, rogando que ele os substitua.

No exercício do direito de ação processual, há uma dupla substituição e “incapacitação” relacional do sujeito, uma postulatória e outra decisória. A primeira decorre da obrigatoriedade de constituir advogado público ou privado para ingressar com algumas demandas judiciais que comportam exceção, embora o advogado, o Ministério Público e o defensor público sejam essenciais à justiça jurisdicional. Dessa forma, os fatos vão ao conhecimento do juiz não

racionalmente em regime de substituição da vontade e da decisão dos sujeitos envolvidos.

⁷⁶⁹ Juiz *Homo deus* é a autoridade legitimada para dizer o que é certo ou errado independentemente da racionalidade dos envolvidos.

⁷⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 373.

⁷⁷¹ A capacidade é a aptidão intrínseca para dar vida aos atos jurídicos, ao passo que a legitimidade é uma posição de competência, caracterizada pelo poder de realizar atos jurídicos que tenham um certo objeto (BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 11).

⁷⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 373-374.

⁷⁷³ A título de exemplo de ilegitimidade proveniente de lei, enumeram-se alguns dispositivos do Código Civil (CC) de 2002: a) os impedimentos para casar (art. 1.521); b) a possibilidade de anulação da venda de ascendente para o(a) descendente, sem o consentimento expresso dos outros descendentes e do cônjuge do alienante (art. 496); d) a necessidade de outorga uxória para a prática de certos atos (art. 1.647).

⁷⁷⁴ Pelo exposto, o termo mais próximo seria o “ilegitimidade do direito material”. Contudo, o termo “legitimidade” tem um conceito bem assertivo para o processo. Logo, utiliza-se o termo “incapacidade” entre aspas para fazer referência à inanição da pessoa ante o exercício de seu protagonismo na resolução, na administração e na transformação de CPIS.

por meio daquele que os vivenciou, mas por meio de um terceiro que poderá até distorcê-los para melhor fundamentar sua pretensão jurídica⁷⁷⁵.

Em seguida, os sujeitos serão novamente substituídos, uma vez que os CPIS serão solucionados pelo juiz, o que incapacita os sujeitos para a resolução dos CPIS de forma dialogada e cooperada. Não se podem negar os esforços processuais para tornar o processo mais dialogado e mais cooperado, mas, apesar de todas as tentativas de mitigar a substituição, ela é intrínseca e constitutiva da jurisdição, de forma que, mesmo que o processo tenha um diálogo intenso, a decisão será sempre do juiz ou do árbitro em regime de substituição, razão pela qual alguns afirmam que não haveria diálogo no âmbito processual, haveria antes responsabilidade judicial⁷⁷⁶⁷⁷⁷.

O juiz sai de sua inércia natural por demanda e a pedido dos sujeitos, substituindo-os no plano derivado, tutelando o sujeito que possui razão ou aquele que possui vantagem segundo a

ordem jurídica. Tal solicitação de substituição acarreta para o juiz a obrigação de que lhes seja (na resolução, administração e transformação de CPIS) de forma racional, justa e harmônica em um regime derivado de vontades para que haja o máximo de aproximação possível entre o agir processual derivado e o agir material originário que foi objeto de vedação e de limitação da autotutela⁷⁷⁸. Por isso, na teoria jurisdicional da substituição, o juiz atua ativamente na persecução da verdade, por meio da produção das provas, e na persecução da justiça, por meio da aplicação do direito. O juiz produz provas porque é pobre da vivência e das dores dos sujeitos envolvidos e precisa persegui-las, pois, se não conhecer bem os fatos, vai negar a tutela jurisdicional no mérito da causa por falta de adequação ou por uma falsa integração dos fatos à norma. Logo, a justiça só possui operacionalidade após a persecução da verdade⁷⁷⁹.

⁷⁷⁵ SILVA, Sandoval Alves da. O dever fundamental da persecução da verdade possível ou provável no CPC de 2015. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 980, jun. 2017, p. 298.

⁷⁷⁶ SILVA, Sandoval Alves da Silva; GÓES, Gisele Santos Fernandes; JESUS, Thiago Vasconcellos. **A necessidade da premissa dialógica como interesse processual nos conflitos coletivos**. [2020]. No prelo.

⁷⁷⁷ A garantia do contraditório com a efetiva consideração dos argumentos dos interessados (no convencimento referente à responsabilidade pública), bem como a ação comunicativa dialógica (na via autocompositiva) minimizam os riscos de erro e maximizam as chances de acerto. Buscam-se assim melhores razões públicas e viabiliza-se a legitimação

democrática procedimental, com a participação efetiva dos sujeitos envolvidos, e a legitimação decisória, com a prestação dos esclarecimentos e argumentos que permitam a adequada exigibilidade e exequibilidade referente ao conteúdo do resultado alcançado com a decisão final (SILVA, Sandoval Alves da Silva; GÓES, Gisele Santos Fernandes; JESUS, Thiago Vasconcellos. **A necessidade da premissa dialógica como interesse processual nos conflitos coletivos**. [2020]. No prelo).

⁷⁷⁸ SILVA, Sandoval Alves da. O dever fundamental da persecução da verdade possível ou provável no CPC de 2015. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 980, jun. 2017, p. 311-312.

⁷⁷⁹ SILVA, Sandoval Alves da. O dever fundamental da persecução da verdade possível

Além disso, a teoria da substituição esclarece que, historicamente, a autotutela e a autocomposição são anteriores à jurisdição. A ação processual surge como substituta da ação material (autotutela e autocomposição) e permanece a ela vinculada, sob pena de ser não uma substituição, mas uma usurpação de vontade segundo os padrões da ordem jurídica.

Então, a jurisdição é derivada, e o derivado não é e não pode ser maior que o primário ou originário; caso contrário, não se respeita a vontade dos envolvidos de forma originária por fundamentos racionais, mas pela arbitrariedade do terceiro que impõe suas impressões e raciocínios com base em sua própria experiência de vida e em seu conhecimento pessoal, sem que tenha efetivamente participado dos fatos ou tampouco desempenhado funções probatórias para empaticamente sentir as dores e os dramas vivenciados pelos envolvidos.

O paradigma atual, embora em mudança lenta e gradual, busca o retorno à primariedade, quando demandado o Judiciário, isto é, o retorno à ação material, o retorno à solução, administração, gestão e transformação negociada, dialogada e cooperada dos CPIS pelas próprias partes. Trata-se de um retorno, como já dito, pois o paradigma primeiro foi o da ação

material, a jurisdição estatal sendo fenômeno posterior e decorrência lógica para harmonização das relações vivenciadas em regime de comunidade. Nesse contexto, a Justiça Restaurativa apresenta-se como uma forma de justiça que devolve o protagonismo aos envolvidos, como será mais bem exposto a seguir.

2.A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O PROTAGONISMO DOS ENVOLVIDOS

A Justiça Restaurativa privilegia a ação, seja individual, seja coletiva, objetivando (1) corrigir (o tanto quanto possível) as consequências vivenciadas por causa da infração, (2) fomentar a resolução do conflito ou a reconciliação das partes ligadas ao conflito, (3) estimular um sentimento de (cor)responsabilidade pelos atos praticados e (4) criar um compromisso para todos os envolvidos⁷⁸⁰.

Os pilares da Justiça Restaurativa são: o foco nos danos e nas necessidades, as obrigações advindas do ato lesivo e o engajamento dos envolvidos, colaborativamente, na resolução (administração e transformação) de conflitos (problemas e insatisfações sociais). Assim, a Justiça Restaurativa foca o dano cometido, pois vê o ato ilícito enquanto um dano causado às pessoas e à comunidade⁷⁸¹.

ou provável no CPC de 2015. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 980, jun. 2017, p. 312.

⁷⁸⁰ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato

Sócrates Gomes (org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005, p. 169.

⁷⁸¹ ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Palas Athena, 2015, p. 38-40.

De tais danos, resultam as obrigações, que criam responsabilizações para aqueles que os causaram, fazendo com que os ofensores compreendam as consequências de seus comportamentos e assumam o compromisso de corrigir a situação criada, na medida do possível⁷⁸². Dessa maneira, a Justiça Restaurativa promove o engajamento e a participação de todos os afetados⁷⁸³.

A dispersão e o compartilhamento do poder de decidir sobre questões elementares da vida dos participantes da Justiça Restaurativa são fulcrais para a transformação social. O protagonismo dos sujeitos e a abertura à diversidade de narrativas completam e complexificam a imagem do Estado e de seus cidadãos⁷⁸⁴.

São indicadores de Justiça Restaurativa: (1) o foco nos danos e não nas leis infringidas; (2) a igual preocupação com

a vítima e com o ofensor, inclusive em suas necessidades; (3) o trabalho pela recuperação das vítimas, “empoderando-as”; (4) o apoio aos ofensores, encorajando-os a compreender, a aceitar e a cumprir suas obrigações; (5) o reconhecimento de que as obrigações do ofensor não devem sancionatórias nem inexecutáveis; (6) a criação de oportunidades para o diálogo entre os envolvidos; (7) o envolvimento da comunidade e o tratamento das causas comunitárias do ilícito⁷⁸⁵; (8) o estímulo à colaboração entre as partes (sujeitos); (9) o respeito por todos os envolvidos⁷⁸⁶.

Devido ao corte metodológico, serão enfocados os itens 6, 7, 8 e 9 dos indicadores acima. Dessa forma, pode-se afirmar que (1) a Justiça Restaurativa é um processo colaborativo entre vítima, ofensor e comunidade afetada que (2) visa garantir e instigar o protagonismo

⁷⁸² A Justiça Restaurativa não tem como objetivo a volta do *status quo ante bellum*, visto que o retorno ao passado, em muitos casos, não é possível, algumas situações necessitam ser transformadas e não restauradas. Logo, a Justiça Restaurativa não significa um retorno ao estado pré-conflito. Nem o efeito *ex tunc* faz isso, pois a ocorrência dos CPIS já alterou o estado das coisas, e mesmo a restauração do bem lesado e a recomposição integral do dano ou de seus efeitos não têm o condão de retirar do mundo dos fenômenos a sua ocorrência, como se nada tivesse ocorrido, razão pela qual a ideia de retornar ao estado pré-conflito mostra-se viável apenas no mundo ideal (ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Palas Athena, 2015, p. 19-20; SILVA, Sandoval Alves da; ALVES, Camille de Azevedo; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. Análise crítica acerca da possibilidade de aplicação da justiça restaurativa pelo ministério público do trabalho. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, 2020, p. 377).

⁷⁸³ ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Palas Athena, 2015, p. 38-40.

⁷⁸⁴ ARAÚJO, Mayara de Carvalho. **Justiça restaurativa comunitária: análise de efetividade a partir do Programa Conjunto da ONU em Contagem – MG**. 2019. 410 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, p. 285.

⁷⁸⁵ Constata-se que o item 7, representa, na ordem lógica, o primeiro e o último dos itens, pois usualmente a comunidade é a origem e a finalidade. Os CPIS surgem da vida comum e da violação dos padrões coletivos moralmente estipulados. Quando esses padrões são ofendidos, a comunidade é atingida e busca a restauração do estado de coisas, que, em abstrato, nunca deveria ter sido concretamente violado.

⁷⁸⁶ ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Palas Athena, 2015, p. 57-58.

dos envolvidos na solução, na administração, na transformação ou na restauração dos conflitos, dos problemas e das insatisfações sociais. Os modelos de práticas restaurativas visam elaborar estratégias de colaboração por meio de discussões que possibilitam ao ofensor assumir a responsabilidade de corrigir as coisas, se possível e na medida do possível, uma vez que na maioria das vezes não há como voltar ao *status quo ante bellum*, bem como lhe permite sentir-se apoiado pelo processo colaborativo⁷⁸⁷.

O processo judicial, por vezes, estimula a criação e a perpetuação de estereótipos sobre as vítimas e a sociedade, dando ênfase aos erros cometidos pelo ofensor e não ao dano causado à vítima (tampouco às necessidades de ambos). A Justiça Restaurativa, por seu turno, compreende que a responsabilização deve ser concebida a partir da compreensão das consequências do ato ilícito, estimulando o ofensor a decidir o que será feito para corrigir a situação (se possível), bem como a tomar as medidas para reparar os danos⁷⁸⁸.

Dessa forma, em um processo colaborativo, as práticas restaurativas objetivam (1) a verificação das necessidades de todos os envolvidos; (2) a tomada de consciência pelo ofensor do mal causado; (3) a responsabilização de todos (corresponsabilização) para que o mal seja evitado; (4) a reparação do dano causado à vítima e à comunidade⁷⁸⁹.

A Justiça Restaurativa encoraja os envolvidos a assumirem papéis mais ativos ao tratar o conflito (problema ou insatisfação social) mediante discussão e negociação. Para tanto, os facilitadores devem utilizar uma linguagem que os coloque no mesmo nível de poder dos sujeitos⁷⁹⁰, diferente da estrutura do Judiciário que prima pela linguagem culta e formalista, distanciando os envolvidos dos “operadores do direito”.

Além disso, as práticas restaurativas intensificam a participação da comunidade, que é destinatária das políticas de reparação e do reforço do sentimento de segurança coletivo⁷⁹¹, transformando a Justiça Restaurativa em uma prática que nasce na comunidade e a envolve diretamente na

⁷⁸⁷ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 247.

⁷⁸⁸ GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. A justiça restaurativa como instrumento de fortalecimento da cultura de paz: uma nova perspectiva para a execução das medidas socioeducativas no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 1, 2018, p. 255.

⁷⁸⁹ ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Palas Athena, 2015.

⁷⁹⁰ GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. A justiça restaurativa como instrumento de fortalecimento da cultura de paz: uma nova perspectiva para a execução das medidas socioeducativas no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 1, 2018, p. 250.

⁷⁹¹ GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. A justiça restaurativa como instrumento de fortalecimento da cultura de paz: uma nova perspectiva para a execução das medidas socioeducativas no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 1, 2018, p. 250.

administração, na transformação e na solução de CPIS.

Na Justiça Restaurativa, os participantes são instigados a encontrar a melhor forma de resolver, de administrar, de transformar e de restaurar os CPIS. Assim sendo, a Justiça Restaurativa faz uso de procedimentos que buscam a participação de todos os envolvidos para restaurar as relações ora lesionadas pelo ato ilícito ou por qualquer outro evento danoso às relações.

O diálogo é o protagonista durante o procedimento restaurativo, criando oportunidades para que as pessoas envolvidas no conflito (ofensor, vítima e comunidade) possam conversar e entender a causa do conflito, objetivando preservar as relações e promover a paz. Nesse diálogo, a ética restaurativa busca a inclusão e a responsabilidade social (comunitária), ensejando a aprendizagem da democracia participativa, ao fortalecer indivíduos e comunidades para que assumam o papel de pacificar seus

próprios conflitos e interromper as cadeias da violência a partir de ações que visam restaurar laços sociais, compensar danos e gerar compromissos futuros mais harmônicos⁷⁹².

Na seção a seguir analisaremos um dos modelos de práticas restaurativas: os círculos de construção de paz ou círculos restaurativos.

3.OS CÍRCULOS DE CONSTRUÇÃO DE PAZ

Há três modelos principais de práticas restaurativas: os encontros vítima-ofensor, as conferências de grupos familiares e os processos circulares. Cada um implica, em alguma medida e indissociavelmente, o diálogo entre os interesses dos envolvidos. Todos partem do pressuposto de que, para resolver todo e qualquer comportamento nocivo, é preciso, primeiramente, atender a três premissas: (1) o mal cometido precisa ser conhecido por todos; (2) a equidade ⁷⁹³ precisa ser criada ou

⁷⁹² AGUINSKY, Beatriz Gershensos *et al.* A introdução das práticas de Justiça Restaurativa no Sistema de Justiça e nas políticas da infância e juventude em Porto Alegre: notas de um estudo longitudinal no monitoramento e avaliação do Projeto Justiça para o Século 21. In: BRANCHER, Leoberto; SILVA, Susiâni (org.). **Justiça para o século 21**: instituindo práticas restaurativas: semeando justiça e pacificando violências: três anos de experiência da justiça restaurativa na capital gaúcha. Porto Alegre: Nova Prova, 2008. p. 35.

⁷⁹³ Zehr não apresenta um conceito jurídico-filosófico de equidade, apenas a apresenta como um valor a ser buscado pela Justiça Restaurativa. Porém, salienta-se que o uso discricionário do termo pode levar a errôneas compreensões, uma vez que diversos autores,

como Aristóteles (*Ética à Nicômaco*), John Rawls (*Uma teoria da justiça*) e Ronald Dworkin (*O império do direito*), conceituaram-na diferentemente. Embora haja certo senso comum jurídico em abordar a equidade como a *justiça do caso concreto*, o que remontaria ao conceito aristotélico, tal conceituação é equivocada por ignorar a antropologia e a metaética, que dão subsídio ao conceito. Muitas teorias de justiça atuais, como a de Rawls, deixaram de considerar o papel da ética e das pessoas e centraram suas análises na política e nas instituições sociais. Contudo, a equidade, em Aristóteles, é uma virtude ética que é uma das modalidades da justiça, enquanto retificação do justo legal, portanto, um atributo desejável de caráter que leva a pessoa a querer o justo não apenas no sentido da lei, porque

restaurada; (3) as intenções futuras de todos devem ser tratadas; (4) a participação de todos deve ser voluntária⁷⁹⁴.

O “círculo de construção de paz” é uma das principais metodologias aplicáveis nas práticas restaurativas. Consistem em um processo de diálogo e, intencionalmente, criam um espaço seguro para discutir problemas considerados difíceis ou dolorosos, a fim de melhorar os relacionamentos e de resolver as diferenças entre os envolvidos. Visam, então, encontrar soluções que possam ser aplicadas a cada membro participante, partindo do pressuposto de que todos têm igual valor e dignidade, com dons a oferecer na constante busca de uma melhor solução (administração e transformação) para o problema⁷⁹⁵.

Para tanto, inicia-se com pré-encontros, chamados “pré-círculos”, que consistem em reuniões individuais, visando fazer com que os participantes se sintam confortáveis para levantar as questões com tranquilidade, mostrando

suas perspectivas; ao mesmo tempo, essas reuniões preparam os participantes para o círculo posterior⁷⁹⁶. No pré-círculo, escutam-se as histórias ou a perspectiva daquela pessoa no que se refere à situação, explica-se o processo, escolhem-se pessoas de apoio para serem convidadas a participar do círculo e identificam-se os assuntos-chave que parecem merecer uma discussão no círculo⁷⁹⁷.

O círculo em si compreende os seguintes passos: (1) dar boas-vindas e agradecer a presença de cada um; (2) realizar a abertura do círculo por meio de alguma dinâmica e/ou frase inspiradora; (3) explicar os objetos que foram coletados e colocados no centro, relacionando-os com os participantes; (4) explicar a função do objeto ou da palavra e seu significado, caso tenham relação com os participantes; (5) explicar os objetivos da atividade; (6) iniciar uma rodada de apresentação com uma pergunta norteadora que questione como as pessoas estão; (7) realizar uma dinâmica para que todos

ultrapassa quando se mostra contra a igualdade e o bem comum. Sendo assim, não há como separar o conceito de equidade em Aristóteles dos conceitos de virtude, vício, justiça, igualdade e bem comum (ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008; CORDIOLI, Leandro. Redescobrimo a equidade na gramática dos direitos: horizontes para uma teoria da justiça personalista e ética na retórica do Direito. In: SEMANA ACADÊMICA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA DA PUCRS, 15., 2015, Porto Alegre. **Anais [...]**. Porto Alegre: Editora Fi, 2015. v. 2, p. 185-209).

⁷⁹⁴ ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Palas Athena, 2015, p. 62-63.

⁷⁹⁵ PRANIS, KAY. **Círculos de justiça restaurativa e de construção da paz**: guia do facilitador. Tradução de Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 2011, p. 11.

⁷⁹⁶ PRANIS, KAY. **Círculos de justiça restaurativa e de construção da paz**: guia do facilitador. Tradução de Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 2011, p. 12.

⁷⁹⁷ PRANIS, KAY. **Círculos de justiça restaurativa e de construção da paz**: guia do facilitador. Tradução de Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 2011, p. 12.

apresentem valores a serem observados e desenvolvidos durante o círculo⁷⁹⁸.

Ato contínuo, deve-se: (1) estabelecer as diretrizes sobre como se comportar no círculo; (9) iniciar uma rodada de histórias e/ou de dinâmicas similares com o fim de (re)construir o relacionamento entre os participantes; (2) explorar os problemas, pedindo que todos abordem como se sentem em relação a eles; (3) desenvolver planos de ação, pedindo para cada um dizer o que considera necessário para um futuro melhor e o que podem fazer para que esse futuro se torne realidade; (4) estabelecer um acordo em que cada participante reconheça suas responsabilidades ante o problema e estabeleça as ações a serem efetuadas; (5) esclarecer as expectativas de cada participante sobre o acordo; (6) realizar o *check-out* para saber as impressões de cada um sobre o círculo; (7) agradecer; (8) realizar o fechamento, de forma semelhante à abertura⁷⁹⁹.

Dessa forma, o círculo desenvolve-se em quatro momentos igualmente importantes: (1) o conhecer-se, (2) a (re)construção de relacionamentos, (3) a abordagem do problema e (4) o desenvolvimento de um plano de ação, de forma que todos tenham tempo semelhante durante a dinâmica, porém

em uma estrutura flexível de acordo com o caso⁸⁰⁰.

Assim, o círculo trata dos valores e das diretrizes antes de abordar as diferenças ou os conflitos (ou melhor, os conflitos, problemas ou insatisfações sociais (CPIS)). Quando possível, o círculo também examina a (re)construção dos relacionamentos antes de discutir os assuntos difíceis. A responsabilidade do facilitador, nesses casos, é auxiliar os participantes a criar uma zona segura para a conversa e monitorar a qualidade do espaço (e do diálogo) durante a realização do círculo⁸⁰¹.

Diante do exposto, a participação dos advogados nas práticas restaurativas circulares, especialmente nas causas cíveis, diminuiria o protagonismo dos envolvidos e, como não há alguém a ser convencido, nem há necessidade de um relato técnico-jurídico dos fatos, sua atuação no círculo não se compatibilizaria com seu papel profissional.

Todavia, isso não impediria sua participação no resultado da prática restaurativa, como será mais bem exposto a seguir; no máximo, seria bem-vinda sua participação como consultor de algumas questões ou provedor de algumas informações de elucidação dos CPIS, enquanto membro de uma equipe

⁷⁹⁸ PRANIS, KAY. **Círculos de justiça restaurativa e de construção da paz**: guia do facilitador. Tradução de Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 2011, p. 29-32.

⁷⁹⁹ PRANIS, KAY. **Círculos de justiça restaurativa e de construção da paz**: guia do facilitador. Tradução de Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura da

Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 2011, p. 29-32.

⁸⁰⁰ PRANIS, KAY. **Círculos de justiça restaurativa e de construção da paz**: guia do facilitador. Tradução de Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 2011, p. 28.

⁸⁰¹ PRANIS, Kay. **Processos circulares de construção de paz**. Tradução de Tânia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010, p. 11.

multidisciplinar que não representa os envolvidos. Salienta-se, porém, que o advogado dos envolvidos nunca pode determinar ou influenciar os resultados do acordo possivelmente firmado no círculo de construção de paz.

4.A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO EM CÍRCULOS DE CONSTRUÇÃO DE PAZ NO ÂMBITO CÍVEL: PROTAGONISMO OU SUBSTITUIÇÃO?

O procedimento restaurativo objetiva estimular o protagonismo dos envolvidos para que resolvam seus CPIS de forma cooperativa e dialogada. Todavia, como também exposto, a jurisdição estatal ou privada, por adquirir de forma derivada a autoridade decisória, trilha o caminho oposto, ao substituir os sujeitos por um terceiro – usualmente um operador do direito –, incapacitando-os para solucionar, administrar ou transformar seus próprios CPIS, enfraquecendo e, em certos casos, retirando completamente seu protagonismo.

A participação do advogado em procedimentos circulares no ambiente judicial não é vedada⁸⁰². Pelo contrário, no contexto atual, em que a Justiça

Restaurativa é aplicada principalmente e quase exclusivamente na área penal, a intermediação dos advogados, membros do Ministério Público, defensores e procuradores é fundamental para garantir a dimensão técnico-jurídica do fato, mas isso não esgota a compreensão do conflito⁸⁰³.

A palavra “advogado”, de origem latina (*advocatu*), significa “chamado para junto”, aquele que acompanha outrem para defender-lhe os interesses. Sua função é imprimir um maior caráter de racionalidade às discussões jurídicas, uma vez que, segundo essa forma de compreender a relação processual, os sujeitos envolvidos emocionalmente na lide têm dificuldade de fazê-lo racionalmente⁸⁰⁴, bem como porque o advogado atua como um *expert* que detém conhecimentos específicos sobre a ordem jurídica e o tratamento dos CPIS.

Assim, cabe ao advogado representar tecnicamente um dos envolvidos em juízo, falando em seu nome no processo, salvo nos depoimentos pessoais e nos interrogatórios. Consequentemente, a supressão da possibilidade de expressar os aspectos emocionais do conflito exclui do exame do juiz um elemento

⁸⁰² Os profissionais da justiça ou os operadores do direito, como policiais, advogados, defensores públicos e outros, podem estar presentes nos procedimentos restaurativos. Todavia, deve ficar claro que estão presentes para prover informações e não para determinar resultados (MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática: uma abordagem baseada em valores. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa:**

coletânea de artigos. Brasília, DF: Ministério da Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p. 277).

⁸⁰³ OLIVEIRA, Frederico dos Santos. **Círculo restaurativo e procedimento judicial:** análise de uma axiologia (as)simétrica. Caruaru: Asces, 2019, p. 161.

⁸⁰⁴ OLIVEIRA, Frederico dos Santos. **Círculo restaurativo e procedimento judicial:** análise de uma axiologia (as)simétrica. Caruaru: Asces, 2019, p. 122.

importante para a prolação da decisão justa⁸⁰⁵⁸⁰⁶.

Desde que o ato lesivo ocorre, são os especialistas que descrevem o evento, atribuindo-lhe sentido. O policial relatará o ato lesivo, com base nas versões dos envolvidos (vítima, ofensor, testemunhas etc.). É o policial quem decide qual informação deve ser incluída e deve traduzir os eventos que passam a ser a verdade inicial do ato lesivo. A infração então é transferida para outros especialistas: os advogados, os juízes e os peritos forenses⁸⁰⁷.

Os advogados analisam e selecionam as histórias fornecidas pelo infrator, pela vítima e pelas testemunhas, com o intuito de determinar qual informação mais se aproxima da verdade relevante e útil ao interesse de seu cliente. Eles determinam também a acusação da qual o réu deve defender-se. São os advogados que avaliam o caminho da acusação ou da defesa do réu e aceitam ou rejeitam os acordos judiciais em nome de seus clientes. A informação é apresentada a um juiz e algumas vezes a um júri, que, por sua vez, determinam o que é relevante e tomam a decisão final⁸⁰⁸.

Ademais, como já elucidado na primeira seção deste artigo, a constituição de um advogado é a primeira forma de

substituição (ele assume o papel da vítima ou do ofensor na capacidade postulatória ou consultiva) e de “incapacitação” decisória relacional (terceirização da solução do conflito). Em outras palavras, enfraquece-se o protagonismo, flexibiliza-se o “empoderamento” e instaura-se um diálogo sem a vivência dos reais envolvidos no conflito.

A obrigatoriedade da intervenção estatal dá-se justamente porque, em princípio, não se permite, ressalvadas as exceções já exemplificadas neste artigo, a justiça privada unilateral (autotutela), permite-se a tutela autocompositiva. Dessa maneira, o Estado retira do particular sua potencialidade de atuação, investindo-se na incumbência de administrar a justiça (isto é, de aplicar critérios justos, equitativos, racionais e humanizados na resolução do caso)⁸⁰⁹.

Ressalta-se novamente o caráter de secundariedade da jurisdição estatal, pois, como explicado, essa é a última esfera de resolução de conflitos, já que é natural e espontâneo que as pessoas elidam os conflitos pela autocomposição ou, ainda que excepcionalmente, pela autotutela. Porém, quando os particulares não resolverem voluntariamente suas

⁸⁰⁵ OLIVEIRA, Frederico dos Santos. **Círculo restaurativo e procedimento judicial**: análise de uma axiologia (as)simétrica. Caruaru: Asces, 2019, p. 129.

⁸⁰⁶ Não à toa é denominada em sua origem de *sententia*, pois o juiz ou o árbitro sentem empaticamente o drama vivido pelos sujeitos envolvidos, que serão substituídos decisoramente por eles.

⁸⁰⁷ ZEHR, H.; TOEWS, B. **Critical issues in restorative justice**. New York: Criminal Justice Press, 2004, p. 422.

⁸⁰⁸ ZEHR, H.; TOEWS, B. **Critical issues in restorative justice**. New York: Criminal Justice Press, 2004, p. 422.

⁸⁰⁹ OLIVEIRA, Frederico dos Santos. **Círculo restaurativo e procedimento judicial**: análise de uma axiologia (as)simétrica. Caruaru: Asces, 2019, p. 99.

pendências, restar-lhes-á fazê-lo, secundariamente, pela jurisdição⁸¹⁰.

Todavia, observa-se que o afastamento desse diálogo deliberativo, autônomo e plural, como nos casos de precipitada judicialização (ou da aplicação da Justiça Restaurativa sem respeitar seus pilares), implica o afastamento do interesse-necessidade e da secundariedade da jurisdição⁸¹¹.

A substitutividade é um atributo da jurisdição, sobretudo porque o Estado-Juiz assume a vontade (por meio de sentença) e realiza a atividade própria dos interessados na solução do conflito (de forma substituída e derivada). Por meio desse instituto, a vontade desloca-se do indivíduo interessado para a esfera do Estado, de modo que lhe caberá tomar as providências que competiriam àquele^{812 813}.

Na Justiça Restaurativa aplicada no âmbito cível, os sujeitos não precisam ser substituídos e “incapacitados” postulatória e decisoramente, pois ninguém melhor que os próprios envolvidos nos CPIS – os quais vivenciaram os fatos e sentiram diretamente suas consequências – para tentar solucionar, administrar ou transformar seus CPIS.

É próprio do procedimento circular o fomento à expressão integral dos sujeitos, inclusive em suas vulnerabilidades, para que reconheçam suas necessidades. A partir delas, surge o valor do consenso (ou melhor, do acordo). Isso é um dos desdobramentos da ausência de julgamentos e de hierarquias que marca o encontro restaurativo. Aliás, acredita-se que, por meio do valor da isonomia entre os participantes, obter-se-ão melhores resultados na formação de um outro valor estrutural do círculo: sua base dialógica⁸¹⁴.

Consequentemente, os participantes não precisam de advogados, isto é, de um terceiro, ainda que parcial, que não vivenciou as dores ocasionadas pelos CPIS, que não viveu os fatos e que, na busca de exercer seu papel profissional de defender seu cliente, sempre vai retratar os fatos de forma que melhor atenda aos interesses do cliente, o que pode vir a tumultuar o procedimento, bem como pode retirar do ambiente a segurança e a confiabilidade próprias dos métodos restaurativos. Em suma, os envolvidos não precisam de alguém que os substitua e relate os fatos de forma

⁸¹⁰ OLIVEIRA, Frederico dos Santos. **Círculo restaurativo e procedimento judicial: análise de uma axiologia (as)simétrica**. Caruaru: Asces, 2019, p. 101-102.

⁸¹¹ SILVA, Sandoval Alves da Silva; GÓES, Gisele Santos Fernandes; JESUS, Thiago Vasconcellos. **A necessidade da premissa dialógica como interesse processual nos conflitos coletivos**. [2020]. No prelo.

⁸¹² OLIVEIRA, Frederico dos Santos. **Círculo restaurativo e procedimento judicial: análise de uma axiologia (as)simétrica**. Caruaru: Asces, 2019, p. 102.

⁸¹³ Imagine uma obrigação pecuniária não cumprida. Diante desse caso, o Estado-Juiz não só substitui o agir do credor (buscando no patrimônio do devedor os bens necessários à satisfação do crédito), mas também substitui o devedor (dispondo de seus bens para pagar a dívida) (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2019, p. 69).

⁸¹⁴ OLIVEIRA, Frederico dos Santos. **Círculo restaurativo e procedimento judicial: análise de uma axiologia (as)simétrica**. Caruaru: Asces, 2019, p. 106.

objetiva e racional em uma lógica de convencimento.

Pelo contrário, requer-se que os envolvidos sejam protagonistas na procura da solução, da administração e da transformação de seus CPIS, e não meros coadjuvantes, buscando sempre uma visão holística do conflito, ligada a uma visão integral do ser humano e a um relato dos fatos que, para além de aspectos objetivos, preocupa-se com o sentimento dos envolvidos, para, então, criar decisões negociadas, dialogadas e cooperadas, tendo em vista a restauração das relações.

Além disso, o facilitador da Justiça Restaurativa apenas monitora o procedimento restaurativo, em especial os círculos de construção de paz⁸¹⁵. O facilitador é responsável por zelar pelo bom funcionamento dos círculos, não tendo o papel de esclarecer fatos, imputar acusações ou conferir razão a uma das partes, como a lógica judicial de disputa.

O facilitador auxilia os participantes a compreender que o encontro restaurativo buscará entender o fato nas dimensões objetiva e subjetiva, visando alcançar não só a reparação material, mas também a reparação social, emocional e espiritual, tanto quanto seja possível para o restabelecimento das relações individuais e comunitárias afetadas⁸¹⁶.

Dessa forma, para que o facilitador cumpra seu papel, ele precisa que todos percebam e internalizem que naquele ambiente busca-se esclarecer os fatos não para analisar quem está certo e quem está errado em uma lógica de disputa judicial, mas para restaurar as relações e, por consequência, as causas de ameaça ou de lesão à ordem jurídica. Para tanto, caso um dos envolvidos esteja acompanhado de seu advogado, este também deve imergir na lógica do círculo de construção de paz como participante das práticas restaurativas. No círculo de construção de paz, não existe espaço para um terceiro “fora do círculo”, isto é, para um ouvinte. Dito de outra forma, todos devem sentar e compor o círculo, participando das dinâmicas, respondendo às perguntas, conhecendo-se para então conhecer o outro e construir pontes de empatia. Logo, caso o advogado insista em participar do círculo, ele também deve penetrar nas suas dinâmicas, partilhar suas histórias⁸¹⁷.

Por outras palavras, o advogado, caso esteja presente, não pode participar das práticas restaurativas circulares tentando exercer o seu papel de convencer os demais participantes ou o facilitador de que seu cliente, diante dos fatos, possui razão.

Com efeito, no círculo, o facilitador não é um juiz ou um árbitro que, analisando os fatos relevantes para o direito,

⁸¹⁵ PRANIS, Kay. **Processos circulares de construção de paz**. Tradução de Tânia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010, p. 53.

⁸¹⁶ OLIVEIRA, Frederico dos Santos. **Círculo restaurativo e procedimento judicial: análise de uma axiologia (as)simétrica**. Caruaru: Asces, 2019, p. 106.

⁸¹⁷ PRANIS, KAY. **Círculos de justiça restaurativa e de construção da paz: guia do facilitador**. Tradução de Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 2011, p. 16.

decidirá em substituição aos envolvidos, impondo-lhes sua decisão em relação à voluntariedade originária, que por derivação foi substituída.

Além disso, o advogado não pode instruir seus clientes a não falarem sobre certos assuntos ou a exercitarem seu direito de permanecer em silêncio (*nemo tenetur se detegere*), pois o procedimento não pode ser considerado restaurativo se os participantes são forçados a permanecer em silêncio ou passivos, bem como se suas potenciais contribuições forem controladas e tolhidas por profissionais que queiram influir (negativamente) nos resultados do procedimento⁸¹⁸.

É vedado prestar testemunho em juízo acerca das informações obtidas em qualquer procedimento restaurativo e relatar ao juiz, ao promotor de justiça, aos advogados ou a qualquer autoridade do Sistema de Justiça, sem justa causa, o conteúdo das declarações prestadas por qualquer um dos envolvidos nos trabalhos restaurativos⁸¹⁹, sob as penas previstas no artigo 154 do Código Penal⁸²⁰.

Logo, como as informações obtidas em práticas restaurativas são confidenciais e não podem ser usadas em um eventual processo judicial, não há qualquer motivo para restringir o diálogo, que deve, na medida do possível, abordar todos os aspectos do conflito, buscando uma visão holística sobre ele.

Portanto, se o círculo de construção de paz nos casos cíveis visa apenas esclarecer os sentimentos acerca do ocorrido, na tentativa de restaurar as relações, de estimular a empatia dos envolvidos e de torná-los protagonistas, qual o papel do advogado? Se não há alguém a ser convencido e se seu cliente não precisa de uma defesa, qual o seu papel?

Conforme visto, a função do advogado é defender os interesses de seu cliente e (re)produzir um relato acerca dos fatos em uma linguagem técnico-jurídica, apresentando razões que sustentem o pleito do seu cliente. Contudo, em um ambiente em que não há um terceiro a ser convencido e em que se busca uma análise holística do conflito (e não restrita aos elementos jurídicos relevantes), não se concebe outra

⁸¹⁸ MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática: uma abordagem baseada em valores. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília, DF: Ministério da Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p. 275.

⁸¹⁹ Artigo 15 da Resolução n.º 225 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): “É vedado ao facilitador restaurativo: I – impor determinada decisão, antecipar decisão de magistrado, julgar, aconselhar, diagnosticar ou simpatizar durante os trabalhos restaurativos; II – prestar

testemunho em juízo acerca das informações obtidas no procedimento restaurativo; III – relatar ao juiz, ao promotor de justiça, aos advogados ou a qualquer autoridade do Sistema de Justiça, sem motivação legal, o conteúdo das declarações prestadas por qualquer dos envolvidos nos trabalhos restaurativos, sob as penas previstas no art. 154 do Código Penal”.

⁸²⁰ Art. 154 do Código Penal: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

função do advogado além de verificar o acordo final a ser produzido a fim de atestar sua validade e de possibilitar sua homologação pelo juiz, salvo se envolvido no conflito ou participante efetivo do procedimento restaurativo.

Assim, durante o círculo de construção de paz aplicado a casos judiciais cíveis, o papel do advogado obscurece-se. Todavia, não deriva dessa constatação que aquele não possa auxiliar e fiscalizar a confecção do acordo, em termos jurídicos, para que ele seja homologado pelo juiz, uma vez que o facilitador não precisa, necessariamente, ser bacharel em Direito, podendo desconhecer termos jurídicos, dispositivos legais e outros elementos do universo jurídico. Portanto, embora os círculos exijam o protagonismo dos sujeitos envolvidos⁸²¹ e os advogados surjam em um regime de “incapacitação” relacional e postulatória, e de substituição, sua participação a *posteriori* é importante para a validade do acordo e não deve ser excluída.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação processual consiste na contrapartida natural da proibição da tutela privada obtida por meio do exercício arbitrário das próprias razões ou da justiça com as próprias mãos. Entretanto, nem todas as formas de

exercer o direito de ações materiais foram vedadas ou limitadas, pois ainda existem hipóteses de aplicação da ação material, como a retenção (por benfeitoria, por não pagamento de aluguel ou hotel), a compensação, o desforço imediato, entre outras, além dos métodos autocompositivos quando não sujeitos à tutela jurisdicional por ação necessária.

No exercício do direito de ação processual, há uma dupla substituição e “incapacitação” relacional postulatória e decisória do sujeito. A primeira decorre da obrigatoriedade de constituir advogado público ou privado para ingressar com algumas demandas judiciais (relacional postulatória). Dessa forma, os fatos vão ao conhecimento do juiz não por meio daquele que os vivenciou, mas por meio de um terceiro, que poderá até distorcê-los para melhor fundamentar sua pretensão jurídica.

Em seguida, os sujeitos são novamente substituídos, uma vez que os conflitos, problemas e insatisfações sociais serão solucionados pelo juiz em regime de substituição, tornando os envolvidos incapazes, relacional e decisoramente, de resolver de forma dialogada e cooperada os CPIS.

Portanto, canalizar todas as demandas conflituosas para o Judiciário, com exceção das ações necessárias, é perder o protagonismo individual de

⁸²¹ O uso das palavras “inquiridos”, “investigados”, “denunciados” e semelhantes revela vestígios do inquérito penal no inquérito civil público, em uma lógica de acusação, cujo foco principal é a correção e a punibilidade. Sugere-se uma mudança do foco principal para a concretização dos direitos sociais, das políticas públicas e da harmonização e da

pacificação social, adotando-se uma visão preventiva ou prospectiva das necessidades não atendidas; para tanto, convém fazer uso de palavras como “participantes”, “envolvidos” e outras (SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 293).

resolver os próprios CPIS, incapacitando, relacional, postulatória e decisoramente, os sujeitos para a questão posta em juízo.

A Justiça Restaurativa, ao contrário, encoraja os envolvidos a serem protagonistas do conflito (problema ou insatisfação social) mediante discussão e negociação. O princípio da autonomia não é substituído pela autoridade de um terceiro. Ao contrário, os sujeitos são instigados a buscar a melhor forma de resolver, administrar, transformar ou restaurar os CPIS.

A Justiça Restaurativa faz uso de procedimentos democráticos na busca de decisões compartilhadas, e os envolvidos são convidados a não se incapacitarem relacional, postulatória e decisoramente, a não delegarem para um terceiro a função de relatar suas dores e a não serem substituídos por outro terceiro na solução de seus próprios CPIS.

Consequentemente, surge uma tensão entre o protagonismo dos envolvidos enquanto pilar da Justiça Restaurativa e a figura do advogado, que surge no sistema de substituição judicial como a primeira forma de “incapacitação” relacional e postulatória. A mesma hipótese explica o protagonismo do juiz, visto que é esse magistrado que substituirá os envolvidos, como segunda forma de “incapacitação”, agora relacional e decisória.

Tal tensão fica evidente no círculo de construção de paz (ou círculo restaurativo) que se desenvolve em quatro momentos igualmente importantes: (1) o conhecer-se, (2) a construção de relacionamentos, (3) a

abordagem do problema e (4) o desenvolvimento de um plano de ação. Consequentemente, não existe espaço para um terceiro “fora do círculo”, isto é, para um ouvinte, todos devem compor o círculo, participando das dinâmicas, respondendo às perguntas, conhecendo-se para então conhecer o outro e construir pontes de empatia.

No contexto atual, em que a Justiça Restaurativa é aplicada principalmente e quase exclusivamente na área penal, a intermediação dos advogados, membros do Ministério Público, defensores e outros é fundamental para garantir a dimensão técnico-jurídica do fato.

Todavia, na Justiça Restaurativa aplicada no âmbito cível, os envolvidos não precisam ser substituídos e “incapacitados” postulatória e decisoramente (com exceção das ações necessárias e nos casos de *jus postulandi* próprio), pois ninguém melhor que os próprios sujeitos dos CPIS – os quais vivenciaram os fatos e sentiram diretamente suas consequências – para tentar solucionar, administrar ou transformar seus CPIS. Nesses casos, busca-se uma visão holística do conflito (e não restrita a aspectos jurídicos relevantes), ligada a uma visão integral do ser humano e a um relato dos fatos que, para além de aspectos objetivos, preocupa-se com o sentimento dos envolvidos, para, então, criar decisões negociadas, dialogadas e cooperadas partindo da premissa do exercício voluntário pleno da consciência no aspecto relacional, postulatório e decisorio para a solução, a administração e a transformação dos CPIS.

Portanto, no círculo de construção de paz aplicado a casos judiciais cíveis, o papel do advogado obscurece-se, pois não há um terceiro a ser convencido (nem um cliente a ser defendido) e tampouco a necessidade de um relato técnico-jurídico sobre os fatos. Todavia, não deriva dessa constatação a total exclusão do advogado, que pode auxiliar e fiscalizar a confecção do acordo, em termos jurídicos, para que ele seja posteriormente homologado pelo juiz, se for o caso.

Logo, embora os círculos restaurativos exijam o protagonismo dos envolvidos e os advogados surjam em um regime de “incapacitação” e de substituição parcial no aspecto relacional e postulatório, sua participação, *a posteriori*, é importante para a validade do acordo e deve ser considerada.

REFERÊNCIAS

- AGUINSKY, Beatriz Gershensos *et al.* A introdução das práticas de Justiça Restaurativa no Sistema de Justiça e nas políticas da infância e juventude em Porto Alegre: notas de um estudo longitudinal no monitoramento e avaliação do Projeto Justiça para o Século 21. *In*: BRANCHER, Leoberto; SILVA, Susiâni (org.). **Justiça para o século 21**: instituindo práticas restaurativas: semeando justiça e pacificando violências: três anos de experiência da justiça restaurativa na capital gaúcha. Porto Alegre: Nova Prova, 2008. p. 23-57.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da “ação de direito material”. **Gênesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 9, n. 33, p. 533-547, jul./set. 2004.
- ARAÚJO, Mayara de Carvalho. **Justiça restaurativa comunitária**: análise de efetividade a partir do Programa Conjunto da ONU em Contagem – MG. 2019. 410 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.
- BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **DJe/CNJ**, n.º 91, p. 28-33, 2 jun. 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2019.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CORDIOLI, Leandro. Redescobrimo a equidade na gramática dos direitos: horizontes para uma

- teoria da justiça personalista e ética na retórica do Direito. In: SEMANA ACADÊMICA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA DA PUCRS, 15., 2015, Porto Alegre. **Anais [...]**. Porto Alegre: Editora Fi, 2015. v. 2, p. 185-209.
- GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. A justiça restaurativa como instrumento de fortalecimento da cultura de paz: uma nova perspectiva para a execução das medidas socioeducativas no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 1, p. 243-259, abr. 2018.
- JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p. 163-188.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática: uma abordagem baseada em valores. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília, DF: Ministério da Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p. 269-277. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2020.
- OLIVEIRA, Frederico dos Santos. **Círculo restaurativo e procedimento judicial**: análise de uma axiologia (as)simétrica. Caruaru: Asces, 2019.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Ações cautelares. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 21, n.º 0, p. 29-62, 1983. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8872/6185>. Acesso: 10 ago. 2020.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999.
- PRANIS, Kay. **Processos circulares de construção de paz**. Tradução de Tânia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.
- PRANIS, KAY. **Círculos de justiça restaurativa e de construção da paz**: guia do facilitador. Tradução de Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 2011.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SILVA, Sandoval Alves da. O dever fundamental da persecução da verdade possível ou provável no CPC de 2015. **Revista dos**

- Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 980, p. 297-327, jun. 2017.
- SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SILVA, Sandoval Alves da; ALVES, Camille de Azevedo; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. Análise crítica acerca da possibilidade de aplicação da justiça restaurativa pelo ministério público do trabalho. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 364-392, jan./abr. 2020.
- SILVA, Sandoval Alves da Silva; GÓES, Gisele Santos Fernandes; JESUS, Thiago Vasconcellos. **A necessidade da premissa dialógica como interesse processual nos conflitos coletivos**. [2020]. No prelo. Justice Press, 2004.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos: da teoria à prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **O terceiro e o triângulo conflitivo: o mediador, o conciliador, o juiz e o árbitro**. São Carlos: Pedro & João Editores, 2018.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Palas Athena, 2015.
- ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.
- ZEHR, Howard; TOEWS, Barb. **Critical issues in restorative justice**. New York: Criminal

A “PRIVATIZAÇÃO” DO MODELO EXECUTIVO PORTUGUÊS E A SUA COMPARAÇÃO COM O PROCESSO DE EXECUÇÃO CIVIL BRASILEIRO ⁸²²

THE ‘PRIVATIZATION’ OF THE PORTUGUESE ENFORCEMENT MODEL AND ITS COMPARISON WITH THE BRAZILIAN CIVIL ENFORCEMENT PROCESS.

Luís Manuel Pica

Doutor em Ciências Jurídicas-Públicas e Mestre em Direito Tributário pela Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal). Professor Adjunto do Instituto Politécnico de Beja (Beja, Portugal), Professor Auxiliar Convidado do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes (Portimão, Portugal) e Investigador Doutorado-Integrado do CEAD – Francisco Suárez da ULHT (Lisboa, Portugal) e Investigador do JusGov – Centro de Investigação em Governança e Justiça da EDUM (Braga, Portugal). luis.pica@ipbeja.pt

RESUMO: O texto analisa as diferenças entre os modelos de execução civil brasileiro e português, com foco na privatização ou desjudicialização do processo executivo. No Brasil, o sistema é altamente dependente do Poder Judiciário, com juízes conduzindo todas as etapas do processo, o que resulta em morosidade, excesso de burocracia e ineficiência. Apesar de algumas iniciativas de privatização, como a retificação de registos e inventários extrajudiciais, o modelo permanece centralizado e enfrenta altas taxas de congestionamento. Em contraste, o sistema português é baseado num conjunto de reformas que delegaram grande parte das funções executivas a agentes especializados, como solicitadores e advogados.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Executiva; Modelo de Execução; Privatização; Desjudicialização; Eficiência.

ABSTRACT: The text analyses the differences between the Brazilian and Portuguese civil enforcement models, focusing on the privatization of the enforcement process. In Brazil, the system is highly dependent on the Judiciary, with judges conducting all stages of the process, which results in slowness, excessive bureaucracy and inefficiency. Despite some privatization initiatives, such as the rectification of records and out-of-court inventories, the model remains centralized and faces high congestion rates. In contrast, the Portuguese system is based on a set of reforms that have delegated a large part of the executive functions to specialized agents, such as solicitors and lawyers.

KEYWORDS: Enforcement Action; Enforcement Model; Privatization; De-Judicialization; Efficiency.

INTRODUÇÃO

⁸²² Artigo recebido em 26/04/2025 e aprovado em 28/04/2025.

A utilização do potencial privado na realização das atividades que, constitucionalmente, são atribuídas ao poder jurisdicional dos Estados indica o surgimento de um sistema judicial que busca uma transição para a esfera jurídica dos sujeitos privados.

Esse movimento resulta da colocação de sujeitos privados em posição de participação ativa nas ações executivas, nas quais grande parte das tarefas são executadas por esses atores. Assim, ocorre a transição de um sistema que demandava a intervenção de agentes e funcionários judiciais sob a supervisão do juiz para outro, onde tal intervenção é reduzida a uma função subsidiária no que diz respeito ao juiz, e quase residual ou excecional no que se refere aos oficiais de justiça.

Considerando que essa transformação decorre de um conjunto de mudanças na configuração do processo executivo, o presente estudo se propõe a analisar o fenômeno da privatização do processo executivo, tomando como base o modelo jurídico-compreensivo fornecido por esse próprio processo, e como esse modelo de transição moldou e influenciou o processo de execução civil plasmado no Código de Processo Civil Brasileiro.

1. O CONCEITO DE PRIVATIZAÇÃO DA AÇÃO EXECUTIVA E A SUA MOTIVAÇÃO

A primeira abordagem a fazer ao conceito de privatização assenta pela sua consideração enquanto fenômeno dinâmico, geral e como uma realidade

movida de uma esfera dominial para outra esfera dominial, o qual constituirá o ponto de partida e de chegada, necessariamente de um domínio público para um domínio privado. Por se assentar enquanto fenômeno geral e, portanto, não exclusivamente jurídico, deve-se compreender que os conceitos de domínio público e privado devem ser considerados num sentido *lato*, na exata medida em que a realidade a privatizar não será necessariamente jurídica, ou pelo menos exclusivamente.

A polissemia e a heterogeneidade que justifica a adoção de um conceito de privatização que passa por uma delimitação do seu objeto em termos amplos, depende daquelas esferas que se pretende privatizar, nomeadamente quando a privatização assenta em esferas de natureza social, económica, política ou jurídica. Por este motivo, deve ter-se, contudo, assente a ideia de que o fenômeno de privatização numa conceção geral é caracterizada pela transferência de uma certa realidade, de um domínio tido por público para um domínio tido como privado, sendo suscetíveis de recondução naquele conceito de operações que comportem tais características.

Quanto à aceção que nos interessa aqui apresentar, não sendo possível a abordagem das demais por questões de economia do presente trabalho, deve-se consignar que enquanto fenômeno jurídico, a privatização apresenta-se como um conceito suscetível de recondução num complexo heterogêneo de significados, pelo que a sua polissemia nos obriga, face a heterogeneidade subjacente, que a sua

delimitação seja realizada em sentido amplo.

A privatização, de uma forma mais ou menos intuitiva, revela-se como um fenómeno de transmissão de poderes públicos para os privados. Ou seja, o fenómeno privatizador pode consistir na transferência para o domínio privado de tarefas públicas, cuja prossecução constituía, originariamente, encargo do Estado. A designação de *privatização de tarefas* (ou privatização da prossecução do interesse público) assume um papel de determinação num fenómeno de reformulação do próprio modelo de Estado vigente. Dir-se-á que a privatização de tarefas representa em colocar tarefas públicas ao encargo de privados, contribuindo de forma direta para o fenómeno de privatização da prossecução do interesse público. Como alguma doutrina advoga estaremos perante uma fuga para o Direito Privado, pois verifica-se, em tais, casos, que a privatização operada respeita à própria natureza do direito aplicável pelas entidades públicas e no qual se promove uma substituição das formas jurídicas públicas de atuação e organização por fórmulas jurídicas privadas, de modo a convergir com o exercício de funções públicas em subordinação a um misto de normas de natureza diversificada⁸²³.

Teleologicamente, e em termos não patológicos, o aproveitamento do potencial privado para exercício e

aumento das funções públicas e da necessidade de que ao desenvolvimento das atividades públicas, é incrementado por razões de eficácia e de eficiência que estes podem conseguir na atuação pública⁸²⁴. Em termos patológicos, esta forma de privatização tende a ser associada a uma tentativa de libertação de vinculações derivadas do princípio da legalidade a que as submete o ordenamento jurídico, procurando exonerar-se dos limites e limitações que são impostas à sua atuação, conseguindo uma maior liberdade de decisão. Contudo, não poderá aqui resultar uma atuação puramente privatizada no sentido patológico apontado, pois a atuação sob sujeição das normas de direito privado, acaba por não se adotar na sua plenitude, acabando por se levantar verdadeiras limitações e vinculações jurídico-públicas relativamente à atividade privada no seio desta privatização⁸²⁵.

Não obstante, perspetivando-se a realidade privatizada como uma clara identificação de um contexto de transferência privatizadora, já que é operada uma verdadeira deslocação no sentido do privado, não deixa de resultar subtraído de normas constituídas pelo direito público, sendo que a organização e atuação acabam por resultar temperadas pela emergência da necessidade de manter a atuação subordinada aos primados do direito

⁸²³ MARIA JOÃO ESTORNINHO (1996).

⁸²⁴ Na Suécia, a Agência Nacional de Execução tem obtido a satisfação do crédito em procedimentos cuja duração média é de apenas três meses. Vid. BURKHARD HESS (2011, pp.56-57).

⁸²⁵ Na Croácia, os altos custos da privatização executiva, aliados à possível corrupção, acarretaram resultados pouco satisfatórios. Vid. ALAN UZELAC, (2010, p.85).

público e à instituição da função jurisdicional que cabe exclusivamente ao Estado, apesar das chamadas de crise que têm vindo a ser invocadas.

Partindo do pressuposto assumido de que a qualificação de certo fenómeno como uma privatização passará pela suscetibilidade do mesmo ser configurado como uma transferência de poderes ou de atuação para um domínio privado, fica aberto o caminho para uma panóplia de situações muito diversificadas. Podemos falar, assim, de supressão de poder regulador que os privados têm na sua atuação, face ao que teriam os agentes públicos; podemos referir que o setor privado cria um conjunto de normas que regulam as respetivas atividades; ou ainda uma transferência do objeto em que a atuação cabe aos privados, mas regulados pelas normas de direito público e supervisionados por órgãos públicos que mantêm a sua função de supervisão e de guardiões da legalidade⁸²⁶.

Em todas elas acabamos por reconduzir ao axioma de que a substituição lógica é feita pela substituição do Estado pela sociedade, na qual a primeira recua na funcionalidade do interesse público, acompanhado de um avanço pela segunda naquele domínio. Este entendimento, apesar de correto, deve ser concebido com cuidado e com feições que interessam indicar, pois não falamos de uma despreocupação do Estado ou abandono deste no cumprimento do interesse público subjacente aos ideais de justiça, mas sim do aproveitamento do potencial

privado para cumprimento deste desiderato, no qual estes acabam por ser instituídos na obrigação de assumir a transferência da responsabilidade e o ónus de cumprimento deste interesse. Caberá, assim, reconduzir à ideia que o interesse público acaba por ser potenciado por via da chamada do domínio privado ao cumprimento de atuações que até bem pouco cabiam à esfera pública, pelo que acabam por se outorgar nesta responsabilidade em medidas repartidas e partilhadas.

A potencialidade do domínio privado acaba assim por revelar a necessidade de transferir certos poderes públicos para a alçada destes, pois enquanto estes conseguem o aproveitamento de todo o potencial que tem ao seu dispor, quer a nível organizacional, económico, funcional e humano, o Estado acaba por se mostrar limitado em certos aspetos que a jusante restringem a sua atuação e consequentemente a concretização do interesse público e a lesão de direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos. Por este motivo, quando opera uma privatização de determinado fenómeno acabamos reformular a própria ideia e modelo de Estado vigente, encontrando-se assim associado esta privatização do interesse público. A convocação da concretização do interesse público acaba por poder ser requerida à luz do primado do princípio da eficiência na prossecução da justiça. Basta, para o efeito, que se verifique uma atuação mais eficiente e se assuma como mais rentável funcional e

⁸²⁶ FABIANA MARION SPENGLER (2011, pp.7-38).

financeiramente do que uma justiça não privatizada⁸²⁷.

Apesar de oriundos e desenvolvidos no seio da economia, os conceitos de eficiência e de eficácia acabam por se mostrar relevantes no contexto jurídico enquanto componentes de um princípio enformador da atuação do Estado na tarefa jurisdicional a que os tribunais estão incumbidos.

Assumindo o conceito de eficiência um conceito polissêmico, deve-se referir que num sentido amplo abrange o aproveitamento do potencial privado para, com aproveitamento dos meios e recurso que tem ao seu dispor e segundo critérios de razoabilidade e aproveitamento, conseguir a obtenção de resultados ótimos com o menor custo possível associado. Importa assim considerar o primado de eficiência que acaba por estar compreendido do teor do princípio da tutela jurisdicional efetiva, quando expressamente consagra que todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão *em prazo razoável* e mediante processo equitativo^{828 829}.

Enquanto dever que impende sobre os Estados, a obrigatoriedade de uma justiça célere e em tempo útil, obriga-os

a procurar mecanismos e instrumentos que lhes permita satisfazer estes primados de eficiência e de razoabilidade temporal nas decisões emanadas pelos órgãos jurisdicionais competentes, pelo que o aproveitamento do potencial privado e dos recursos que estes dispõem numa tarefa que se possibilita juridicamente possível e aceitável de transferir, parcialmente, para os privados, concretiza este desiderato de eficiência na gestão da justiça e na obtenção de resoluções céleres.

Atento o exposto, não se pode deixar de afirmar que a privatização da ação executiva é movida por uma panóplia de fundamentos ontológicos que serviriam interesses de diversos domínios sociais, contudo o próprio conceito polissêmico de privatização encerra em si um conjunto heterogêneo de entendimentos que dificilmente conseguem dar um entendimento uniforme, exaustivo e perentório a um fenómeno que se verifica denso e dificilmente encerrado na sociedade e nos ordenamentos jurídicos modernos. O chamamento do potencial privado e a sua fundamentação axiológica acaba por despertar interesses que até aqui

⁸²⁷ Como refere Humberto Theodoro Júnior não há uniformidade na eleição dos meios de simplificar e agilizar o procedimento de cumprimento forçado das sentenças entre os países europeus. Há, porém, a preocupação comum de reduzir, quanto possível, a sua judicialização, procurando assim várias formas de racionalizar os meios para agilizar o processo executivo. Vid. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (2020. p.5).

⁸²⁸ Como refere MÁRCIO CARVALHO FARIA, reforçou-se, destarte, a ideia-força de que, assim como já vinha ocorrendo em outras formas de tutela

jurisdicional, a execução também poderia, no todo ou em parte, ser desjudicializada. Vid. MÁRCIO CARVALHO FARIA (2023, p.244).

⁸²⁹ Por isso, concordamos com LUÍS ROBERTO BARROSO, quando afirma que “*efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social*”. Vid. LUÍS ROBERTO BARROSO (2006, p.82).

não se tinham pensado, mas que devidamente comportam importantes benefícios que não podem ser negados nem, minimamente, negligenciados, sob pena de cairmos numa redundância que nos leve a enfermar e a ajuizar o entendimento enquanto meros artesãos de ideias.

2. A EXECUÇÃO CIVIL PORTUGUESA E BRASILEIRA

2.1. PONTO INTRODUTÓRIO

No contexto do direito brasileiro, o movimento de privatização (ou desjudicialização) apresenta uma expressão bem mais discreta se comparado ao observado no processo civil executivo em Portugal, sendo praticamente inexistente no novo Código de Processo Civil⁸³⁰.

Tal não significa que esse fenômeno careça de relevância no ordenamento jurídico brasileiro. Nos últimos anos, diversas iniciativas de privatização foram implementadas, tais como: (i) a retificação de registro imobiliário (Lei n.º 10.931/04); (ii) a realização de inventário, separação e divórcio consensuais (Lei n.º 11.441/07); (iii) o reconhecimento extrajudicial de usucapião (artigo 216-A da Lei n.º 6.015/73, alterado pelo artigo 1.071 do

CPC e regulamentado pelo Provimento n.º 65/17 do CNJ); (iv) o leilão extrajudicial de veículos apreendidos ou removidos por autoridade de trânsito, conforme o artigo 328 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n.º 9.503/97, com alterações pelas Leis n.º 13.160/15 e 13.281/16); e (v) a retificação de registro civil (Lei n.º 13.484/17).

Porém, verifica-se que a reforma processual operada não trouxe um movimento disruptor com o modelo clássico existente, mantendo alguns dos problemas estruturais de morosidade que se verificam no seio da legislação processual antiga, enfrentando uma alta taxa de congestionamento, com as reformas insuficientes para solucionar a questão⁸³¹.

Isto porque, o processo executivo ainda depende fortemente do poder judiciário, tornando-se mais lento e burocrático. A condução da execução cabe exclusivamente ao juiz, com auxílio de oficiais de justiça, mas sem participação de agentes privados especializados. Ou seja, não há o aproveitamento do potencial privado para desencadear as virtudes e as essencialidades da eficiência que os privados permitem no seio da atuação judicial executiva, em comparação ao modelo português.

O credor precisa solicitar judicialmente todas as diligências, como penhora de

⁸³⁰ Como refere RACHEL NUNES DE CARVALHO FARIAS, “no Brasil, a desjudicialização da execução civil ainda não existe como opção para adaptar-se à realidade brasileira, tal como despontou em Portugal. Nunca chegou a ser introduzida no sistema processual civil de execução brasileiro uma desjudicialização no bojo de um processo judicial propriamente dito.

O que pode ser apontado, e ainda de forma discreta, são indícios de desjudicialização, mas nada comparado ao sistema existente no processo civil executivo português”. Vid. RACHEL NUNES DE CARVALHO FARIAS (2013, p.83).

⁸³¹ RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (2009, pp.9-36).

bens e bloqueio de contas bancárias. Isto leva a que o processo, frequentemente, enfrente obstáculos, como recursos protelatórios, resistência do devedor e excesso de formalidades, tornando a execução ineficiente.

2.2. O MODELO (E EVOLUÇÃO) DE EXECUÇÃO PORTUGUÊS

O processo executivo no Direito Processual português evoluiu ao longo dos séculos, mas suas raízes encontram-se na época romana, como acontece com várias instituições jurídicas contemporâneas. Apesar de sua importância, historicamente, o processo executivo sempre desempenhou um papel secundário em relação ao processo de declaração judicial, sendo frequentemente considerado um mecanismo subsidiário com menor visibilidade social⁸³².

No entanto, já no primeiro Código de Processo Civil português, que data de 1876, sob a influência do projeto elaborado por Alexandre Seabra, foram introduzidos documentos que funcionavam como títulos executivos, permitindo ao Estado cumprir a sua função jurisdicional através de meios coercivos. Entre esses documentos, destacavam-se aqueles emitidos em favor da Fazenda Nacional, que conferiam legitimidade para a instauração de ações executivas.

As reformas posteriores de 1939 e 1961 mantiveram a estrutura do processo executivo, concentrando-o no âmbito dos tribunais, que continuaram a desempenhar o papel de guardiões da função jurisdicional do Estado. Contudo, a reforma de 2003 trouxe uma mudança significativa. Impulsionado pela necessidade de tornar o sistema mais eficiente e garantir uma justiça célere, o Governo optou por delegar parte das tarefas executivas a profissionais especializados, os solicitadores de execução, inspirados na figura dos "*huissiers de justice*" franceses⁸³³.

Essa reforma marcou o início do processo de desjudicialização ou privatização do processo executivo, transferindo algumas competências antes exclusivas dos tribunais para agentes privados.

No panorama internacional, os modelos de execução variam amplamente. Em alguns países, como os escandinavos, a execução tem uma natureza administrativa, enquanto em outros, como Portugal, adota-se um modelo híbrido, onde agentes privados, sob supervisão judicial, desempenham parte das funções executivas. Essa abordagem busca equilibrar a eficiência e o respeito aos valores constitucionais que sustentam a jurisdição estatal.

A reforma de 2003, implementada pelo Decreto-Lei n.º

⁸³² LUÍS MANUEL PICA (2025, pp.23-29).

⁸³³ "*L'huissier de justice exécute les actes qui lui sont demandés pour initier ou sécuriser des procédures et appliquer dans les faits les droits concrets issus d'un jugement, d'un acte administratif ou d'un acte notarié. Il vérifie la légalité des actes demandés mais ne porte pas*

d'appréciation sur leur opportunité". Mise à jour le 14.10.2011 - Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre) et Ministère en charge de la justice, disponível em <http://vosdroits.service-public.fr/F2158.xhtml>, consultado em 15.02.2025.

38/2003, e posteriormente alterada pelo Decreto-Lei n.º 199/2003, foi liderada por especialistas como Lebre de Freitas e estabeleceu um novo paradigma. A partir de então, os solicitadores de execução passaram a realizar grande parte dos atos do processo executivo, cabendo aos juízes o papel de supervisores e responsáveis por questões que exigissem decisões jurisdicionais. Apesar das críticas iniciais, essa mudança proporcionou maior eficiência ao sistema e reduziu o volume de trabalho acumulado nos tribunais.

A reforma foi ampliada em 2008 com o Decreto-Lei n.º 226/2008, conhecido como a "Reforma da reforma da ação executiva", que consolidou a figura dos agentes de execução, agora incluindo também advogados entre os profissionais habilitados a desempenhar essas funções. O papel do juiz foi reduzido, limitando a sua intervenção a situações específicas previstas em lei, enquanto os agentes de execução assumiram a responsabilidade pela maioria das diligências do processo.

Em 2013, o novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, trouxe algumas alterações, devolvendo certos poderes ao juiz de execução. Contudo, essas mudanças não representaram uma regressão significativa no modelo de privatização adotado. Pelo contrário, o modelo híbrido continuou prevalecendo, ajustando-se para garantir maior equilíbrio entre eficiência e a tutela jurisdicional.

Posteriormente, e em último lugar, um momento legislativo importante nesse contexto foi a

introdução do Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo (PEPEX), pela Lei n.º 32/2014, de . Esse procedimento facultativo transferiu para o âmbito privado a fase inicial do processo executivo, dedicada à análise do título executivo, à identificação de bens penhoráveis e à consulta de bases de dados. Essa medida visou desonerar os tribunais, simplificando a tramitação e reforçando a eficiência do sistema.

2.3. O MODELO DE EXECUÇÃO BRASILEIRO

No Brasil, o processo executivo apresenta desafios estruturais que o tornam excessivamente dependente do Poder Judiciário, configurando um sistema lento, burocrático e frequentemente ineficiente para garantir o cumprimento das obrigações legais. Esse modelo tem gerado entraves significativos à efetividade do sistema de justiça, com impactos diretos no direito dos credores e na segurança jurídica.

O processo de execução brasileiro permanece rigidamente centralizado nas mãos do Judiciário, sendo conduzido exclusivamente por juízes, com o auxílio dos oficiais de justiça. Essa centralização exclui a participação de agentes privados especializados, como ocorre em outros países - como o português - em que adotaram modelos de desjudicialização

parcial ou total⁸³⁴. Toda e qualquer diligência necessária – desde a penhora de bens e bloqueios bancários até notificações e outras ações práticas – depende de requerimentos judiciais formais feitos pelo credor⁸³⁵.

Embora essa estrutura busque preservar o controle jurisdicional sobre a execução, o resultado prático tem sido a criação de um ambiente processual marcado por entraves e ineficiência. Obstáculos como recursos protelatórios, resistência ativa do devedor e excesso de formalidades processuais frequentemente atrasam a tramitação dos processos, resultando em prejuízos significativos tanto para os credores quanto para o funcionamento do Judiciário.

Um dos reflexos mais claros desse cenário é a alta taxa de congestionamento do Judiciário brasileiro, especialmente nos processos de execução. Dados do Conselho Nacional de Justiça têm revelado que a execução representa uma das fases processuais mais congestionadas, contribuindo para o acúmulo de processos pendentes e a morosidade na solução de litígios. O alto índice de congestionamento é particularmente preocupante nos casos de execução de dívidas, onde o tempo é um fator crucial para garantir a efetividade do cumprimento da obrigação. Essa realidade não apenas prejudica os credores, que frequentemente enfrentam longos períodos de espera para ver seus direitos satisfeitos, como também sobrecarrega os tribunais com

demandas que poderiam, em tese, ser tratadas fora da esfera judicial.

Diante dessa conjuntura, uma das propostas mais relevantes para a modernização do processo executivo no Brasil é a ampliação do poder de império de agentes extrajudiciais, como tabeliães, notários e registadores. Essa abordagem propõe a utilização de profissionais capacitados e com autonomia legal para conduzir atos de execução de maneira mais ágil, reduzindo a dependência do Judiciário.

No modelo atual, o Poder Judiciário concentra toda a competência para impor medidas coercitivas, mas a experiência de outros países, como Portugal, demonstra que é possível delegar parte dessas atribuições a agentes privados especializados, sem comprometer a segurança jurídica ou os direitos fundamentais das partes envolvidas. Como se disse, a experiência portuguesa, especialmente com a introdução da figura do agente de execução e do **Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo**, oferece um modelo inspirador para a reforma do processo executivo. Através da figura do agente de execução, o processo é conduzido por estes, permitindo a prática de atos judiciais que procuram a gestão eficiente e célere do processo.

Por isso, a adoção de um modelo de execução extrajudicial no Brasil é vista como um passo essencial para modernizar o sistema de justiça e melhorar a eficiência do processo executivo. A experiência portuguesa, assim como a de outros países

⁸³⁴ ÁLVARO JAVIER PÉREZ RAGONE (2019, pp.69-95); MARCO CARVALHO GONÇALVES (2020, pp.41-42).

⁸³⁵ LUIZ FERNANDO CILURZO (2016).

européus, mostra que é possível descentralizar atos executivos sem comprometer a efetividade da tutela jurisdicional. Além disso, a desjudicialização contribui para descongestionar o Judiciário, permitindo que os tribunais concentrem seus recursos e esforços em questões mais complexas e que exijam decisões de mérito. Para os credores, a mudança resultaria em maior agilidade e previsibilidade na cobrança de dívidas, enquanto os devedores também se beneficiariam de um sistema mais transparente e menos burocrático.

3. A DISTINÇÃO ENTRE O MODELO DE EXECUÇÃO PORTUGUÊS E BRASILEIRO

Como se disse, no modelo português, os **agentes de execução** desempenham um papel central no processo executivo, sendo uma das maiores inovações na desjudicialização da execução civil⁸³⁶. Diferentemente do Brasil, onde os atos executivos dependem exclusivamente do Poder Judiciário, em Portugal, esses profissionais – normalmente advogados ou solicitadores – são responsáveis por conduzir a maior parte dos atos processuais de forma autônoma, com intervenção judicial apenas em situações excepcionais⁸³⁷.

Dispõe o Código de Processo Civil português, que os agentes de execução possuem um conjunto alargado de competências, funcionando quase como uma função residual, pois cabe-lhe todas as funções que não são

especificamente atribuídas aos demais sujeitos processuais, designadamente: **a localização de bens do devedor**, através do acesso direto, e sem prévia autorização judicial, a bases de dados públicas, como registos bancários, imobiliários e de veículos, bases de dados fiscais e previdenciais, entre outras; a **penhora de bens** sem necessidade de prévio despacho judicial, designadamente salários, imóveis, veículos e contas bancárias; a citação e **notificação dos executados e terceiros, bem como a venda dos bens penhorados**, a liquidação e extinção da execução, podendo a ação decorrer sem necessidade de intervenção judicial.

Deste modo, como se denota, o papel do juiz é reduzido a casos específicos, como decidir de eventuais oposições do executado ou questões prejudiciais de alta complexidade que exigem uma decisão jurisdicional. Essa autonomia conferida aos agentes de execução tem como principal impacto a redução significativa do tempo da execução, permitindo que os credores obtenham o cumprimento de seus direitos de forma mais célere e eficiente.

Pelo contrário, no Brasil, a condução do processo executivo permanece rigidamente atrelada ao Poder Judiciário, o que resulta num modelo lento e burocrático. A inexistência de agentes de execução no sistema brasileiro é um dos principais fatores que limitam a eficiência da execução, já que cada medida – desde a localização de bens até a penhora e a venda – exige a intervenção direta do juiz.

⁸³⁶ LUÍS MANUEL PICA (2021, pp-523-540).

⁸³⁷ JOSÉ LEBRE DE FREITAS (2017, pp.33-38).

Por outro lado, e como dissemos *supra*, um dos avanços mais notáveis no sistema executivo português foi a introdução do **Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo**, aprovado pela Lei nº 32/2014, de 30 de maio. Este procedimento inovador permite ao credor verificar a existência de bens penhoráveis antes mesmo de iniciar uma execução formal, reduzindo o número de processos inviáveis que apenas congestionariam o Judiciário.

Com o PEPEX consegue-se, entre outras finalidades, **evitar execuções inviáveis**, permitindo uma análise prévia da viabilidade da execução, o que permite desafogar o sistema judicial e evita a tramitação de processos sem perspectiva de sucesso; **agiliza a recuperação de crédito**, pois quando os bens são localizados, a execução pode ser iniciada de forma imediata e direta, penhorando diretamente esses bens sem demoras ou intervenções prévias do juiz.

Já no Brasil, a reforma do Código de Processo Civil não aproveitou para trazer a aprovação de um procedimento equivalente ao PEPEX⁸³⁸. Assim, mantém-se um sistema tendencialmente rígido, no qual o credor apenas descobre a existência de bens do devedor após o início da execução, o que frequentemente gera processos inviáveis que sobrecarregam ainda mais o Judiciário. Embora o sistema **SERASAJUD** permita consultas a bancos de dados para localização de bens, ele depende de autorização judicial e não é utilizado de forma sistemática ou com a mesma eficácia

que o PEPEX. Como consequência, muitas execuções no Brasil arrastam-se por anos, sem que o credor consiga recuperar valores devidos, já que os bens do devedor podem ser ocultados ou inexistentes.

Outra grande distinção entre o modelo português e o modelo brasileiro acontece na fase da penhora. Em Portugal, o processo de penhora é conduzido de maneira significativamente mais rápida e eficiente. Os agentes de execução possuem autonomia para determinar a penhora de bens do devedor, incluindo salários, contas bancárias, imóveis e veículos, sem necessidade de autorização judicial para cada ato. Além disso, o sistema de penhora eletrônica implementado no país permite que as medidas sejam realizadas em questão de dias, garantindo maior celeridade ao processo. No Brasil, a penhora e o bloqueio de bens continuam sendo processos altamente burocráticos e, muitas vezes, ineficazes. O credor precisa requerer judicialmente cada medida, o que exige despachos específicos do juiz e gera atrasos significativos.

Na aprovação do novo Código de Processo Civil Brasileiro, perdeu-se, assim, uma oportunidade para gerar a eficiência desejada em matéria de penhora de bens, pois enquanto o modelo português permite um **acesso direto a informações patrimoniais**, sem necessidade de despacho judicial para cada medida, o que reduz drasticamente o tempo de tramitação, no sistema brasileiro mantém-se um

⁸³⁸ ELIAS MARQUES DE MEDEIRO NETO (2015, p.84).

sistema mais burocrático, pois, por exemplo, a penhora e o bloqueio de bens continuam sendo processos altamente burocráticos e, muitas vezes, ineficazes, já que o credor precisa requerer judicialmente cada medida, o que exige despachos específicos do juiz e gera atrasos significativos. Embora o sistema **BACENJUD** permita bloqueios bancários eletrônicos, ele apresenta limitações, tais como a **demora na execução**, já que os bloqueios podem levar semanas, permitindo que o devedor transfira valores antes da efetivação da medida, e a **dificuldade que, por vezes, se encontram na localização de bens**, já que o devedor pode ocultar patrimônio ou transferir ativos para terceiros, dificultando a penhora.

Contudo, uma grande diferença entre os modelos de execução acontece, também, em matéria de penhora de bens imóveis, designadamente quando se fala de habitação própria e permanente do devedor.

No Brasil, a proteção da casa de morada de família está amplamente regulamentada pela **Lei nº 8.009/1990**, que estabelece a **impenhorabilidade do bem de família**. A proteção jurídica do bem de família tem fundamento no **artigo 6º da Constituição Federal**, que consagra a moradia como um direito social, e no **artigo 1º, inciso III**, que eleva a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado brasileiro. Essa garantia reflete-se na proteção da habitação como espaço essencial para o desenvolvimento do núcleo familiar. Por isso, é estabelecido que 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.

Em Portugal, a proteção do imóvel destinado à habitação da família é abordada com maior flexibilidade, especialmente no âmbito do **Código de Processo Civil Português** e da legislação conexa. Embora não haja uma proibição absoluta à penhora da casa de morada, o ordenamento jurídico estabelece critérios rigorosos para limitar essa prática, buscando conciliar a efetividade da execução com a proteção da dignidade do devedor e de sua família. Assim, a penhora do imóvel habitacional é regulamentada pelo **artigo 751.º do Código de Processo Civil**, o qual estabelece que a penhora de imóvel destinado a habitação própria permanente do executado deve ser evitada sempre que possível, especialmente se o valor do bem for manifestamente desproporcional à dívida, apenas podendo ser penhorado se não existirem outros bens que, durante um período temporal moratório, não permita a satisfação do direito creditício do credor.

Por último, no sistema português verifica-se que o devedor possui menos oportunidades de protelar a execução, já que grande parte do processo ocorre fora da esfera judicial. Os meios de impugnação são limitados e só podem ser utilizados em situações específicas. Além disso, as decisões dos agentes de execução são executadas

imediatamente, salvo se o juiz conceder efeito suspensivo ao recurso, o que reduz significativamente a possibilidade de obstruções processuais.

No Brasil, o sistema jurídico oferece ao devedor inúmeras possibilidades de protelação, o que contribui para a lentidão do processo executivo, permitindo que muitos devedores evitem ou atrasem o cumprimento de suas obrigações, prejudicando os credores e contribuindo para o congestionamento do Judiciário.

CONCLUSÕES

Chegados a este momento, somos impelidos a tecer um conjunto de conclusões que nos parecem pertinentes, e que sustentam o propósito do presente escrito. Concluir pelas destriças do modelo de execução brasileiro e o modelo de execução português.

Em Portugal, ao longo das últimas décadas, implementou reformas significativas em sua estrutura administrativa e judicial, criando um sistema mais eficiente e ágil na execução de dívidas e obrigações. Uma das principais inovações foi a retirada do Judiciário como único responsável pela execução, transferindo essa competência para agentes especializados, como os solicitadores. Com isso, o país conseguiu reduzir significativamente a sobrecarga dos tribunais, acelerar os processos e garantir uma maior eficácia na recuperação de créditos. O *Processo Executivo Extrajudicial* (PEPEX) é um exemplo emblemático desse modelo, permitindo a desjudicialização e a

simplificação da execução, com menos custos e maior celeridade para credores e devedores.

Por outro lado, o Brasil ainda enfrenta desafios estruturais que comprometem a eficiência do sistema de execução judicial. A execução de dívidas no país permanece exclusivamente vinculada ao Poder Judiciário, o que resulta em processos longos, caros e frequentemente atravancados por entraves burocráticos e medidas protelatórias. Essa centralização sobrecarrega o sistema e contribui para a alta taxa de congestionamento processual, além de dificultar a recuperação de créditos, prejudicando a confiança dos cidadãos e empresas no sistema.

O modelo português, centrado na desjudicialização e no fortalecimento da atuação de agentes especializados, pode servir como uma valiosa inspiração para o Brasil. A adoção de medidas similares, como um sistema extrajudicial de execução, poderia mitigar os gargalos do Judiciário brasileiro, reduzindo prazos e custos, além de aumentar a eficácia na recuperação de créditos. Esse tipo de reforma estrutural tem o potencial de modernizar a administração da Justiça no Brasil, promovendo maior eficiência e confiança na resolução de conflitos. Assim, o exemplo português demonstra que a combinação de inovação legislativa e pragmatismo institucional pode ser um caminho viável para superar a lentidão e os desafios do modelo brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

- BARROSO, Luís Roberto (2006). *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar.
- CILURZO, Luiz Fernando (2016). *A desjudicialização na execução por quantia*. São Paulo : Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- FARIA, Márcio Carvalho. 2023. “Reformar e racionalizar a execução civil: um caminho necessário.” *Revista de Estudos Constitucionais, Brasília*, v. 3, nº. 1, jan./jun. 2023.
- FARIAS, Rachel Nunes De Carvalho (2013). *A desjudicialização do processo executivo português como um possível modelo para o processo de execução brasileiro*. Coimbra: Tese Mestrado - Universidade de Coimbra .
- FREITAS, José Lebre De (2017). *A ação executiva à luz do Código de Processo Civil*. Coimbra: Gestlegal.
- GONÇALVES, Marco Carvalho (2020). *Lições de processo civil executivo*. Coimbra: Almedina.
- HESS, Burkhard (2011). “Different enforcement structures.” *Comparative studies on enforcement and provisional measures*.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro (2020). *Curso de direito processual civil: execução forçada: cumprimento de sentença, execução de títulos extrajudiciais: processos nos tribunais: recursos: direito intertemporal – Vol. 3*. Rio de Janeiro: Forense.
- MANCUSO, Rodolfo De Camargo (2009). “A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito.” *Revista dos Tribunais*, pp.9-36.
- ESTORNINHO, Maria João (1996). *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina.
- NETO, Elias Marques De Medeiro (2015). *O procedimento extrajudicial pré-executivo: lei 32 de 30 de maio de 2014: inspiração para o sistema do Brasil*. São Paulo: Editora Verbatim.
- PICA, Luís Manuel (2021). “A Privatização Do Processo Executivo Civil Português E A Mutação Do Paradigma Clássico Para O Neoliberalismo E Seus Limites Jurídicos.” *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Vol.22, n.º2, pp-523-540.
- PICA, Luís Manuel (2020). “A Tutela Do Exequente Na Penhora De Bens Imóveis Na Ação Executiva À Luz Do Código Processual Civil Português: A (In)Compreensão Ao Artigo 751.º Do Código De Processo Civil.” *Revista Eletrônica De Direito Processual* 21 (2), Rio de Janeiro, pp.252-268.
- PICA, Luís Manuel (2025). *Lições Breves sobre o Processo de Execução Civil*. Coimbra: Almedina.
- RAGONE, Álvaro Javier Pérez (2019). *Ejecución civil: cómo lograr el cumplimiento del deudor*. Buenos Aires: Astrea.

SPENGLER, Fabiana Marion (2011). “A crise do estado e a crise da jurisdição: (in)eficiência face à conflituosidade social.” *Revista Brasileira de Direito*, Volume 7, n.º1.

UZELAC, Alan (2010). “Privatization of enforcement services: a step

forward dorcountries in
transition?” *Enforcement and
enforceability: tradition and
reform.*

POR UMA TEORIA DA DECISÃO EM PERSPECTIVA GARANTISTA⁸³⁹

FOR A THEORY OF DECISION FROM A GARANTIST PERSPECTIVE

Marcelo Pereira de Almeida

Pós- Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós- Doutor em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Professor Adjunto de Direito Processual da UFF (graduação e Doutorado/PPGDIN), Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP. Coordenador da Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil do Unilasalle/RJ; Coordenador adjunto do Curso de Direito do Unilasalle/RJ; Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual do Unilasalle/RJ. Líder do grupo interinstitucional de pesquisa “Observatório das Reformas processuais destinadas a solução de demandas seriais e ações coletivas” (UFF, Unilasalle/RJ e UCP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil - ICPC. Advogado. E-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br

Lilia Nunes Silva

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF) – bolsista CAPES. Mestra em Direito (Universidade Católica de Petrópolis), Especialista em Direito Processual (Universidade Federal de Juiz de Fora/UFJF e Salamanca/USAL) e Direito Material e Processual do Trabalho (Faculdade Damásio de Jesus). Professora de Direito Processual e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica no Centro Universitário Estácio Juiz de Fora. Pesquisadora no grupo interinstitucional de pesquisa “Observatório das Reformas processuais destinadas a solução de demandas seriais e ações coletivas” (UFF, Unilasalle/RJ e UCP) – linha de pesquisa “Processos estruturais e devido processo legal”. Advogada. E-mail: lilianuness@hotmail.com

RESUMO: Diante das reformas da legislação processual em busca do reforço de garantias processuais de natureza constitucional, certamente realizadas para a concretização do devido processo legal, percebe-se que todos os atos procedimentais precisam estar adequados a tal realidade e, especialmente, a decisão proveniente

do debate entre os sujeitos processuais, razão da relevância de refletir criticamente sobre qual suporte teórico há de ampará-la. Neste sentido, o presente estudo busca desenvolver discussões que permeiam as bases de uma teoria de decisão judicial sob a óptica garantista. Para tanto, serão analisadas duas dimensões importantes

⁸³⁹ Artigo recebido em 05/09/2024 e aprovado em 04/02/2025.

e que fazem parte do constitucionalismo contemporâneo, a primeira no plano substancial – o constitucionalismo garantista – e a segunda no plano procedimental – o garantismo processual. Ambas apresentam como característica comum a estrutura de contenção de arbítrios estatais, especialmente a contenção do arbítrio judicial, permitindo a construção de uma teoria de decisão mais alinhada aos modelos de Estado Democrático de Direito. As reflexões realizadas a partir da pesquisa permitiram inferir que, no contexto da teorização da decisão judicial nos Estados Contemporâneos, a única que parece ser capaz de conter o arbítrio estatal seria a permeada pelo garantismo, todavia, a assunção das duas dimensões do garantismo, constitucionalismo garantista e o garantismo processual, não são capazes por si só de coibir o arbítrio configurado pela discricionariedade judicial, mas permitem um maior controle dos atos praticados pelos magistrados e detém potencial limitador de comportamento voluntarista. A estrutura normativa infraconstitucional e respectiva aplicação, a despeito da indicação expressa de ordenação, disciplina e interpretação em obediência às normas fundamentais da Constituição, direcionam o comportamento decisório e desenham uma teoria da decisão incapaz de impedir atuações discricionárias, ainda que possam servir de balizadores para o aprimoramento do conteúdo da decisão. A pesquisa se desenvolveu pelo método dedutivo, parcialmente exploratória, com levantamento bibliográfico e documental, investigação analítico-

legislativa de âmbito nacional e estrangeiro, principalmente utilizando o marco teórico *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli, além da legislação processual brasileira, sobretudo o Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: teoria da decisão; constituição; devido processo; constitucionalismo garantista; garantismo processual.

ABSTRACT: In view of the reforms to procedural legislation aimed at reinforcing procedural guarantees of a constitutional nature, which have certainly been carried out in order to achieve due process of law, it is clear that all procedural acts need to be adapted to this reality, and especially the decision arising from the debate between the procedural subjects, which is why it is important to critically reflect on what theoretical support there is to support it. In this sense, this study seeks to develop discussions that permeate the foundations of a theory of judicial decision-making from a garantist perspective. To this end, two important dimensions that are part of contemporary constitutionalism will be analyzed, the first on a substantial level - garantist constitutionalism - and the second on a procedural level - procedural garantism. Both have as a common characteristic the structure of containment of state arbitrariness, especially the containment of judicial arbitrariness, allowing the construction of a theory of decision more in line with the models of the Democratic Rule of Law. The reflections made from the research allowed us to infer that, in the

context of the theorization of judicial decision-making in contemporary states, the only one that seems to be able to contain state arbitrariness would be the one permeated by garantism. However, this assumption is not sufficient to guarantee the absence of arbitrary decisions. The two dimensions of garantism—garantist constitutionalism and procedural garantism — are not, in and of themselves, capable of curbing the arbitrariness configured by judicial discretion. However, they do allow for greater control of the acts practiced by judges and have the potential to limit voluntarist behavior. The infra-constitutional normative structure and respective application, despite the express indication of ordering, discipline, and interpretation in obedience to the fundamental norms of the Constitution, direct decision-making behavior and design a theory of decision that is incapable of preventing discretionary actions. However, these guidelines can serve as a means of improving the content of the decision. The research was carried out using the deductive method, partially exploratory, with a bibliographic and documentary survey, analytical-legislative research at home and abroad, mainly using Luigi Ferrajoli's *Principia Iuris* theoretical framework, as well as Brazilian procedural legislation, especially the Civil Procedure Code.

KEYWORDS: Decision Theory; Constitution; Due Process; Garantist Constitutionalism; Procedural Garantism.

INTRODUÇÃO

O legislador do Código de Processo Civil de 2015 procurou reforçar as garantias processuais de natureza constitucional ao positivar, dentre as normas fundamentais do processo, o Princípio da Demanda (art. 2º e 3º); a celeridade e duração razoável do processo (art. 4º); o direito ao amplo contraditório, defesa e paridade de armas (art. 7º e 9º), este último robustecido no Princípio da não-surpresa (art. 10). Portanto, se percebe que o *due process of law*, supra garantia também expressa no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (inciso LIV), e pela qual todas as demais garantias decorrem, há de ser respeitado na integralidade pelos sujeitos processuais.

Neste sentido que, ao se pensar em uma teoria da decisão, o julgador deve obedecer aos parâmetros constitucionais postos pelo ordenamento jurídico para que a sua atuação seja legítima.

O art. 489, §1º do CPC/15, aparentemente pelo mesmo caminho, passou a considerar não fundamentada a decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: não explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, limitando-se a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada; 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 ou; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O Código de Processo Penal, incorporou previsão legal nos mesmos termos do artigo art. 489, §1º do CPC/15, ao incluir o parágrafo 2º no artigo 315 – por meio da lei n. 13.964/19.

Os enunciados normativos acima referidos procuraram estabelecer padrão mínimo ao agir decisório, colaborando para a formação de decisão passível de controle pelos destinatários e que tem aptidão para integrar os objetivos das normas fundamentais de natureza processual, uma vez que o dever de fundamentação também é essencial à consagração do devido processo.

Apresentado o ambiente normativo atual, para a concretização do devido processo legal, todos os atos procedimentais precisam estar adequados a tal realidade e, especialmente, a decisão proveniente do debate entre os sujeitos processuais, razão da relevância de refletir criticamente sobre qual suporte teórico há de ampará-la.

Dessa forma, o presente estudo busca desenvolver discussões que permeiam as bases de uma teoria de decisão judicial sob a óptica garantista, demonstrando como este pensamento pode conformar a decisão aos parâmetros constitucionais presentes

na ordem jurídica contemporânea, respeitando a liberdade e igualdade dos que a ela se encontrarem submetidos, e não sob um ideário inalcançável de justiça e sem limites.

Para tanto, serão analisadas duas dimensões importantes que podem revelar formas de conter o arbítrio judicial e permitir a construção de uma teoria de decisão mais alinhada aos modelos de Estado Democrático de Direito, e são identificadas pelo constitucionalismo garantista e o garantismo processual. Ambas são facetas do constitucionalismo contemporâneo e que apresentam como característica comum a estrutura de contenção de arbítrios estatais, a primeira no plano substancial e a segunda no plano procedimental, e serão tratadas, respectivamente, em seção própria na pesquisa.

A metodologia da pesquisa que resultou no texto, se desenvolveu de forma dedutiva, parcialmente exploratória, com levantamento bibliográfico e documental, investigação analítico-legislativa de âmbito nacional e estrangeiro, principalmente utilizando o marco teórico *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli, além das disposições constantes na legislação processual brasileira, sobretudo o Código de Processo Civil.

1.0 GARANTISMO COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DO NÚCLEO DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: PLANO SUBSTANCIAL

A primeira dimensão do garantismo a ser abordada consiste no constitucionalismo garantista e, como

norte teórico, utilizar-se-á a teoria desenvolvida pelo jurista Luigi Ferrajoli.

A concepção garantista de constitucionalismo seria uma corrente das teorias do Estado de Direito e da Justiça Constitucional que se dedicam a defender o exercício dos poderes públicos dentro do respeito aos direitos fundamentais. Tal concepção surgiu a partir da necessidade de se entender melhor a Constituição como instrumento de proteção dos direitos do cidadão e de limitação da soberania do Estado.⁸⁴⁰

O autor defende que a Constituição é a principal fonte de garantia dos direitos e liberdades individuais, ainda mais importante do que a lei. Ao compreender que, em um Estado Democrático de Direito, as leis devem estar em conformidade com a Constituição e serem interpretadas de acordo com seus princípios, se conduz na perspectiva de uma codificação legal mais restritiva, que reflete a busca de se limitar o poder estatal.⁸⁴¹

O exercício do poder estatal deve se desenvolver com base em três princípios fundamentais da Constituição: igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Esses princípios servem para limitar a vontade dos governantes, garantindo um alto grau de respeito aos direitos

fundamentais. Ou seja, a Constituição deve tanto limitar o poder estatal quanto garantir os direitos individuais.⁸⁴²

O constitucionalismo garantista de Ferrajoli enfatiza que as disposições constitucionais necessitam de clareza e precisão e, desse modo, a Constituição não deve ser vaga ou abstrata, mas sim cláusulas objetivas e precisas, de forma a limitar a interferência do Estado na vida pessoal dos indivíduos, pois, do contrário, abriria espaço para interpretações arbitrárias e manipulações do Estado.⁸⁴³

Por outro lado, o autor reconhece que a Constituição não é capaz de prever todas as eventualidades, o que permite interpretações subjetivas de suas disposições. Para essas situações, o poder judicial deve ser o agente responsável por interpretar a Constituição e decidir sobre os casos concretos, apresentando-se como o guardião da Constituição e dos direitos humanos ao aplicar as leis em conformidade com os princípios constitucionais.⁸⁴⁴

A justiça constitucional há de ser vista como um meio de assegurar a primazia da Constituição e dos direitos fundamentais, demonstrando a importância da independência dos juízes, de forma que possam tomar decisões com base na Constituição,

⁸⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013, p.7.

⁸⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013, p.126.

⁸⁴² FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013, p. 220.

⁸⁴³ FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013, p. 690.

⁸⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013, p. 291.

mesmo que isso signifique contrariar a vontade do Estado. Uma observação relevante de Ferrajoli este ponto é que a violação dos direitos fundamentais é um problema comum em muitos países, e a justiça constitucional seria a forma de se evitar os eventuais abusos do poder estatal.⁸⁴⁵

O constitucionalismo garantista promove a primazia dos direitos fundamentais na aplicação da lei, defendendo a limitação da atuação do Estado a fim de garantir a proteção dos direitos das pessoas e o concebendo como agente que deve trabalhar em prol da sociedade, e não o contrário. Para isso, o instrumento assegurador da proteção da liberdade, da igualdade e da dignidade humana é a Constituição, propondo um modelo de Estado que seja respeitoso com o cidadão e que se preocupe em assegurar a proteção dos direitos básicos das pessoas.⁸⁴⁶

Todavia, a referida teoria sofreu vários questionamentos, a exemplo do livro “Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia”, em que Ferrajoli procura responder às críticas constantes no texto organizado por Miguel Carbonell e Pedro Salazar, intitulado “Garantismo: estudios sobre

el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli”.⁸⁴⁷ A crítica foi respondida por Ferrajoli de forma estruturada, por seis vetores, sendo três deles de caráter metateórico: i) a relação entre positivismo jurídico e constitucionalismo, além da tese da separação entre direito e moral; ii) o estatuto epistemológico da teoria do direito e as interpretações que lhes conferem a ciência jurídica, a filosofia política e a sociologia do direito e; iii) a dimensão pragmática da teoria do direito e a função crítica e normativa da ciência do direito – e as outras três de caráter teórico; iv) o conflito entre direitos fundamentais e a separação de poderes; v) a relação entre princípio da maioria, direitos fundamentais e democracia constitucional e; vi) as possíveis ampliações do clássico paradigma do estado de direito.⁸⁴⁸

No texto, antes de responder aos questionamentos, o jurista apresenta as premissas do debate, mantendo a característica analítica das suas abordagens.

Ressalte-se que, na perspectiva de Ferrajoli, a dupla distinção entre dever ser e ser do direito é que caracterizaria o garantismo.⁸⁴⁹

⁸⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006, p. 64-65.

⁸⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013, p. 690.

⁸⁴⁷ CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 171-207.

⁸⁴⁸ TRINDADE, André Karam. Discutindo o garantismo de Luigi Ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, p. 1228 – 1250, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-779, consulta realizada em 21 de set. de 2023, p. 1230.

⁸⁴⁹ ABELLÁN, Marina Gascón. Principia Iuris: Caracterización de una teoría jurídica. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31. ISSN: 0214-8676, p. 233-244, dez, 2008.

Apresenta, primeiramente, a distinção entre o dever ser externo (ou político) e o ser dos sistemas jurídicos, equivalendo à conhecida separação (positivista) entre direito (validade) e moral (justiça) e, embora não negue que o direito tenha incorporado valores ou princípios morais, alinha-se a sugestão de García Figueroa, reconhecendo uma relação conceitual necessária com a moral.⁸⁵⁰

O garantismo designa uma filosofia política que demanda do Direito e do Estado o ônus de justificação externa, arrimada nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último aspecto, pressupõe doutrina laica entre validade e justiça e direito e moral; entre o ponto de vista externo e interno na valoração; ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito, o que equivale à assunção, para os fins da legitimação ético-política do direito e do Estado.⁸⁵¹

A segunda distinção se identifica entre dever ser interno (ou no direito) e o ser das normas jurídicas, equivalendo à diferença entre validade e vigência,

decorrente da própria estrutura do estado constitucional de direito.⁸⁵²

Na perspectiva de Ferrajoli, o paradigma constitucional ou garantista seria uma concepção formal, revelando-se, no contexto teórico, como um sistema de limites e vínculos substanciais, quer sejam eles impostos a todos os poderes públicos através de normas hierarquicamente superiores, quer sejam àquelas produzidas durante seu exercício. E mais do que isto: é precisamente no seu caráter formal que residiria a inegável força vinculante, visto que uma tese como a da relação conceitual com a moral resulta, ao final, na redução do constitucionalismo a uma ideologia, debilitando, assim, seu valor teórico.⁸⁵³

O primeiro ponto de debate, que parece ser aquele que gera mais críticas ao pensamento de Ferrajoli, se refere ao diálogo entre positivismo jurídico e constitucionalismo e a marcação sobre o fundamento da separação entre direito e moral. Apesar dessas críticas serem identificadas em planos de discussões distintos, percebe-se que, de alguma forma, tentam convencer Ferrajoli a afastar-se do positivismo jurídico ou,

⁸⁵⁰ ABELLÁN, Marina Gascón. El pensamiento general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico* e Luigi Ferrajoli. 2. Ed., p. 21 – 39, Madrid: Trotta, 2009.

⁸⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

⁸⁵² TRINDADE, André Karam. Discutindo o garantismo de luigi ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. *Revista Eletrônica Direito e*

Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica, acesso em 21 de set. de 2023.

⁸⁵³ TRINDADE, André Karam. Discutindo o garantismo de luigi ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica, acesso em 21 de set. de 2023.

talvez, reconhecer que haveria uma relação conceitual entre direito e moral – como premissa presente nos núcleos das democracias constitucionais.⁸⁵⁴

O segundo ponto de tensão se apresenta como elemento nuclear do pensamento de Ferrajoli, e que gera o maior número de divergências e erros de compreensão. Consiste no eixo epistemológico da teoria do direito, firmada por um paradigma meramente formal de cariz ontológico e a sua importância prática.⁸⁵⁵

A visão de Ferrajoli sobre o paradigma constitucional ou garantista seria referente a representatividade formal que ele representa, estabelecendo limites e restrições substanciais para todos os poderes públicos, através do uso de normas hierarquicamente superiores às que são produzidas durante o seu exercício.⁸⁵⁶ Em outras palavras, o paradigma constitucional seria o sistema de regras que restringe o poder do Estado, garantindo os direitos e as liberdades individuais. É importante ressaltar que a força deste paradigma reside no seu caráter formal, já que a relação conceitual com a moral pode levar a uma redução do constitucionalismo a

uma ideologia, enfraquecendo seu valor teórico.⁸⁵⁷

Na terceira questão, discute-se a função normativa da ciência jurídica no paradigma garantista, que implica a distinção entre vigência e validade do direito, pois Ferrajoli entende que a teoria do direito não exclui a função crítica e normativa da ciência jurídica, apesar de ser uma teoria formal.⁸⁵⁸

Na quarta questão, Luis Prieto Sanchís critica a concepção garantista coerentista dos direitos fundamentais em relação à separação de poderes, argumentando que o sistema jurídico é marcado por conflitos.⁸⁵⁹

Na quinta questão, discute-se a concepção de democracia constitucional de Ferrajoli, que não defenderia um modelo específico, mas identificaria as diferentes dimensões da democracia constitucional.⁸⁶⁰

Na sexta questão, Carbonell, Córdova Vianello, Vitale, Pisarello e de Cabo ampliam o paradigma garantista para além da proteção dos direitos de liberdade, incluindo também a proteção dos direitos sociais e fundamentais frente aos poderes privados. Além disso, a garantia dos direitos fundamentais deve ser estendida não apenas dentro

⁸⁵⁴ TRINDADE, André Karam. Discutindo o garantismo de luigi ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, p. 1228 – 1250, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-779, consulta realizada em 21 de set. de 2023, p. 1233.

⁸⁵⁵ TRINDADE, André Karam. Discutindo o garantismo de luigi ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto

Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, p. 1228 – 1250, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-779, consulta realizada em 21 de set. de 2023, p. 1236.

⁸⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006, p. 40.

⁸⁵⁷ Ibid.

⁸⁵⁸ Ibid, pp. 63-81.

⁸⁵⁹ Ibid, pp. 83-84;

⁸⁶⁰ Ibid, pp. 99-112;

do estado nacional, mas também em âmbito internacional.⁸⁶¹

Ferrajoli desenvolve de forma mais aprofundada as concepções ontológicas do constitucionalismo garantista na obra *Principia iuris* e, na sua visão, seria ele um dos principais conceitos de seu pensamento, estando estritamente ligado ao constitucionalismo garantista proposto. O princípio seria a tentativa de estabelecer um conjunto fundamental de valores mínimos e objetivos, que são essenciais para que exista justiça em uma sociedade.⁸⁶²

O *principia iuris* estabelece as condições necessárias para que a realização da justiça possa ser possível, sendo formado por três princípios fundamentais: universalidade, necessidade e razoabilidade.

O primeiro é o princípio da universalidade, que estabelece a necessidade de se aplicar as leis e os direitos de forma igualitária para todos os indivíduos, sem exceções. Isso significa que o Estado deve garantir igualdade de tratamento e

oportunidades para todos, sem discriminação.⁸⁶³

Na obra *Manifesto per l'uguaglianza*, Ferrajoli discorre com especificidade em relação à compreensão multifacetada do significado do princípio da igualdade, na qual aborda a razão de ser do princípio a diversidade de identidades pessoais e as desigualdades, sob o viés de desequilíbrio nas condições materiais de vida, sendo uma necessidade da razão, um dever moral e de obrigação política que o Estado leve a sério o princípio da igualdade, não só a nível local, mas internacional. A justificativa é que a paz, a democracia e a segurança geral dependeriam dele.⁸⁶⁴

O princípio da necessidade, segundo princípio destacado em *principia iuris*, determina que as normas e os direitos estabelecidos pelo Estado devem ser estritamente necessários para a realização do bem-estar coletivo. O Estado deve agir somente quando necessário e com base em argumentos objetivos, evitando a interferência do poder estatal arbitrário ou abusivo. Este

⁸⁶¹ Cf. CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 171-207; CÓRDOVA VIANELLO, op. cit.; VITALE, Ermanno. Ciudadanía, ¿último privilegio? In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 463-480; PISARELLO, Gerardo; DE CABO, Antonio. Guerra y derecho. El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta,

2009. pp. 481-492 apud TRINDADE, André Karan. Discutindo o garantismo de luigi ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, p. 1228 – 1250, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-779, consulta realizada em 21 de set. de 2023, p. 1246.

⁸⁶² FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013, p. 6;

⁸⁶³ Ibidem, p. 219-222;

⁸⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. Manifesto per l'uguaglianza. Roma: Editori Laterza, 2018. P. 11.

princípio é fundamental para limitar a utilização desmedida do poder pelo Estado, evitar a sua concentração excessiva e proteger a autonomia individual.⁸⁶⁵

O terceiro princípio, o da razoabilidade, aponta que os atos do poder estatal devem ser coerentes com a razão e a lógica, sem contradições ou ilogicidade, revelando, assim, que as normas e as decisões do Estado devem ser coerentes entre si e em conformidade com a Constituição, sem violar os direitos fundamentais e os limites impostos pelas leis.⁸⁶⁶

A obra *Principia iuris* forma o núcleo do pensamento jurídico de Ferrajoli e representa uma evolução do conceito de Estado de Direito, pois sinaliza que o poder estatal pode ser necessário para a realização do bem-estar coletivo, mas deve operar dentro de limites estabelecidos pela lei e pelos direitos fundamentais. Também estabelece que essas limitações são fundamentais para assegurar tanto o bem-estar da sociedade em geral, como para proteger a liberdade, a igualdade e a dignidade dos indivíduos.⁸⁶⁷

É importante notar que *principia iuris* também implica uma concepção diferente de justiça em relação à tradição utilitarista predominante no direito anglo-saxão. A justiça não pode ser vista como um mero equilíbrio dos interesses ou um cálculo utilitário do bem-estar coletivo. E, neste sentido, argumenta que justiça seria um conceito

baseado em valores objetivos e universais, como a igualdade e a liberdade, devendo ser aplicados de forma equânime para todos os indivíduos.⁸⁶⁸

Portanto, *principia iuris* constitui uma base normativa para o constitucionalismo garantista, uma vez que implica no dever do Estado em respeitar as leis e garantir o bem-estar coletivo sem violar o Estado de Direito; as regras da justiça e os direitos dos indivíduos. Esses princípios formam a base de uma teoria do direito que revela visão crítica do Estado e busca garantir a primazia dos direitos dos indivíduos em relação ao poder estatal.⁸⁶⁹

Ainda pode ser considerada a tentativa de estabelecer um conjunto fundamental de valores e princípios que são essenciais para a realização da justiça em uma sociedade democrática, representando uma concepção crítica do Estado e do Direito, e que busca garantir a primazia dos direitos fundamentais e limitar a ação do poder estatal. Destaca-se, no contexto, o argumento de Ferrajoli que o respeito aos direitos dos cidadãos é fundamental para a realização do bem-estar coletivo e assegurar uma sociedade justa e livre.⁸⁷⁰

Um contraponto importante em relação ao constitucionalismo garantista é o constitucionalismo principialista, que encontra em Gustavo Zagrebelsky uma de suas principais vozes. As bases epistemológicas dessa

⁸⁶⁵ Ibidem, p. 12;

⁸⁶⁶ Ibidem, p. 663;

⁸⁶⁷ Ibidem, p. 778;

⁸⁶⁸ Ibidem, p. 778;

⁸⁶⁹ Ibidem, p. 779;

⁸⁷⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Traducción de: Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2002. P. 156 . Título original: Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia.

teoria revelam que os princípios teriam a mesma importância que as regras no sistema de normas constitucionais, pois seriam compreendidas como normas que não possuem uma forma fixa, mas que orientam a interpretação das demais normas constitucionais.⁸⁷¹

A compreensão dos princípios na ótica do constitucionalismo principialista é a de que os princípios de cunho político e ético, que advém do direito natural, foram positivados e incorporados às leis e Constituições, transmutando-se em princípios jurídicos internos e em forma de legitimação do ordenamento jurídico, sendo objeto de ponderação e, em contrapartida, às normas constitucionais de subsunção⁸⁷².

Segundo Paulo Bonavides, esses princípios são "normas imprecisas, que funcionam como critérios de valoração dos fatos, dos fenômenos e das normas do ordenamento jurídico".⁸⁷³ Dessa forma, quando há uma colisão entre um princípio e uma regra, é dever do intérprete escolher qual das normas deve prevalecer, de acordo com a situação concreta em que se encontra.

As principais críticas ao constitucionalismo principialista são: a falta de clareza na definição de quais princípios teriam a mesma importância que as regras e; ser considerada subjetiva demais, uma vez que a escolha de um princípio em detrimento de outro pode depender do ponto de vista do intérprete, alimentando posturas discricionárias que geram voluntarismo judicial.⁸⁷⁴

Conforme destacado, Gustavo Zagrebelsky é um dos principais defensores do constitucionalismo principialista e, em sua obra "El derecho dúctil", desenvolve a concepção de constituição dúctil. Essa teoria aponta que a Constituição deve ser uma norma adaptável, capaz de evoluir conforme as mudanças sociais e políticas.⁸⁷⁵ Segundo o autor, a Constituição seria formada por princípios que devem ser interpretados de maneira flexível, de modo a permitir que a norma se adapte à evolução da sociedade. No entanto, ressalta que essa flexibilidade contém limites, o que permitiria garantir a estabilidade e a segurança jurídica do sistema normativo, entretanto, não

⁸⁷¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Traducción de: Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2002. P. 210. Título original: Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia.

⁸⁷² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: ____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 17; 28.

⁸⁷³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 30. Ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 260.

⁸⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: ____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56

⁸⁷⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Traducción de: Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2002. Título original: Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia.

apresenta critérios que possam coibir o arbítrio judicial na aplicação dos princípios.⁸⁷⁶

E mais uma vez, as principais críticas à concepção de constituição dúctil é a falta de clareza na definição de quais seriam esses limites, permitindo-se inferir que a adaptabilidade da Constituição pode levar a uma desvalorização da norma, ao permitir certa banalização da sua importância.

O autor afirma que os princípios constitucionais não possuem hierarquia de valores, pois seria incompatível com uma sociedade pluralista. Como resultado, a interpretação desses princípios deveria ser ponderada e guiada pelo princípio da proporcionalidade, a fim de garantir a concordância prática e o equilíbrio entre os bens jurídicos.⁸⁷⁷ Além disso, os princípios não poderiam ser considerados absolutos, devendo ser relativizados e conciliados reciprocamente para evitar que se tornem tiranos uns dos outros.

O processo de interpretação do direito serviria, segundo Zagrebelsky, como impulso ao intérprete a estabelecer um direcionamento, mas sem se limitar exclusivamente à vontade legislativa ou às demandas do caso concreto.⁸⁷⁸ Por meio da interpretação busca-se a norma adequada tanto ao caso concreto quanto ao ordenamento como um todo e, neste sentido, o intérprete teria autonomia diante de cada uma dessas tendências, podendo,

em alguns casos, até invalidar a vontade legislativa casuisticamente.⁸⁷⁹

Destaca, ainda, que as possibilidades de interpretação dependem da discricionariedade do intérprete para conciliar as exigências do caso concreto, não apenas por meio de métodos de interpretação, mas também da própria estrutura da lei. As normas “elásticas” ou “abertas” permitiriam, segundo ele, que os casos e suas exigências obtenham o devido reconhecimento diante da incapacidade do próprio legislador de prever sua concreta aplicação.⁸⁸⁰

A interpretação dos princípios constitucionais, portanto, seria guiada pela ponderação, proporcionalidade e concordância prática, levando em consideração tanto a vontade legislativa quanto as demandas do caso concreto. Ao fazê-lo, o intérprete teria autonomia para tomar decisões que garantam a adequação da norma tanto ao caso concreto quanto ao ordenamento como um todo, mesmo que isso significasse a invalidação da vontade legislativa em alguns casos, o que potencializaria, de forma manifesta, a discricionariedade judicial.

Percebe-se, claramente, que o constitucionalismo principialista fortalece a discricionariedade judicial, por não apresentar critérios objetivos capazes de coibir juízos de escolhas. Assim, permite-se inferir ser o constitucionalismo garantista, descrito por Ferrajoli, com tendência a possibilitar maior estrutura de

⁸⁷⁶ Ibidem.

⁸⁷⁷ Ibidem.

⁸⁷⁸ Ibidem.

⁸⁷⁹ Ibidem.

⁸⁸⁰ Idem.

contenção de arbítrios judiciais, uma vez que exige do intérprete uma postura de respeito à lei e um ônus discursivo denso na aplicação do ordenamento jurídico nos casos concretos, sobretudo os preceitos descritos no texto constitucional.

2.0 GARANTISMO COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DO NÚCLEO DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: PLANO PROCEDIMENTAL

A segunda dimensão do garantismo a ser analisada consiste no garantismo processual. A abordagem se funda na concepção do processo como instituição de garantia, de caráter contrajudicial, ponderando-o como limitador objetivo do poder estatal, especialmente o Poder Judiciário no contexto atual e, dessa maneira, a estrutura processual detém aptidão para legitimar uma teoria da decisão.

Para tanto, a compreensão de como se chegou um modelo processual garantista, o seu estado da arte, é deveras pertinente.

O surgimento dos influxos publicistas e socializantes no processo teve grande impulso na Itália, particularmente a partir das ideias de Giuseppe Chiovenda, uma figura central do processualismo científico naquele país. Com Chiovenda, o direito processual começou a se consolidar como uma vertente do direito público, fundamentada na estrutura da jurisdição, ação e processo. Inspirando-

se no pensamento de Klein, Chiovenda defendia uma reforma na forma de entender o processo: como a administração da justiça é uma função da soberania estatal, o juiz deveria adotar uma postura mais ativa, em contraste com o modelo passivo característico do liberalismo. Isso refletia a visão de que o Estado tinha um interesse direto na resolução dos conflitos, impulsionando a necessidade de ampliar os poderes judiciais para adaptar o processo às demandas sociais.⁸⁸¹

Aliado ao movimento de socialização do processo descrito, de viés publicista, há outra concepção importante e que marca as características de atuação dos atores nos ambientes judiciais, os modelos processuais denominados inquisitivo e adversarial, a serem descritos em breve síntese. No modelo inquisitivo, os procedimentos são regidos por leis escritas, em regra; o juiz detém amplos poderes instrutórios, inclusive para produção de provas e alteração de regras procedimentais, se necessário à consecução dos objetivos do processo – valores como verdade e justiça podem ser argumentos jurídicos para tal atuação; alinha-se à ideia de processo como instrumento da jurisdição. Já o modelo adversarial é mais conectado à oralidade; o juiz atua como mero diretor do debate, zelando pelo cumprimento das regras processuais e, ao final do procedimento, deve decidir de acordo com os elementos existentes (fundamentos

⁸⁸¹ PEDRON, Flavio Quinoud; BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Teoria Geral do Processo. Com

comentários a virada tecnológica no direito processual. Salvador: Juspodivm. 2020, p. 100.

fáticos e jurídicos e provas produzidas), uma vez que os protagonistas do processo são as partes.

Atualmente foi instituído no Brasil – no Código de Processo Civil de 2015 – o modelo processual cooperativo, pautado na distribuição de funções entre os sujeitos do processo, como estratégia de concretização dos mandamentos constitucionais de ordem processual (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, celeridade). Foi dado maior protagonismo às partes nos procedimentos, como a possibilidade de consensualmente ajustar o procedimento (negócios jurídicos processuais), contudo, mantiveram-se os amplos poderes instrutórios do juiz, como a possibilidade de inversão do ônus da prova e produção de provas de maneira oficiosa, ou seja, o modelo revela a nova face do instrumentalismo processual.

A menção aos modelos processuais contemporâneos evidencia ainda estar a legislação procedimental dominada pelo publicismo, mesmo tendo a base do processo cristalizada como direito fundamental na Constituição.

Numa democracia, o magistrado exerce o papel de servidor indispensável e qualificado, a quem fora deferida a complexa tarefa de garantir um máximo de segurança para os integrantes do

grupo social na avaliação das consequências dos conflitos em que se envolverem, buscando sempre lograr o máximo de coerência entre as expectativas que o direito positivo delineou para os que interagem na sociedade e as soluções que lhes darão, quando fracassarem as instituições sociais nesta tarefa⁸⁸². Para cumpri-lo nestes termos, a atuação dos julgadores na resolução dos conflitos apresentados, pela via do processo, fica restrita ao que previamente as normas materiais e processuais permitam.

O jurista argentino Alvarado Velloso define o processo como um método de discussão pacífica, dialogal e argumentativa, para que duas pessoas claramente desiguais na realidade não lutem fisicamente ou se matem para chegar ao objetivo final de suas respectivas pretensões, senão que discutam antagonicamente com argumentos tendentes a convencer um terceiro, que atua como diretor do debate e que, eventualmente, o resolve, quando não há autocomposição prévia dos próprios interessados.⁸⁸³

Na finalidade de consolidar tal concepção de processo, o Instituto Pan-americano de Direito Processual propõe um “Código processual geral modelo para a justiça não penal da Latino-América”, o qual sugere a sua positivação conceitual como norte interpretativo:

⁸⁸² PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. José Garcia Medina et al (Coord.). 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 223.

⁸⁸³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El fracaso de la justicia - la incoherencia normativa y el decisionismo judicial en América Latina y una deuda aún pendiente: el proceso adversarial puro en todos los fueros judiciales (Colección textos jurídicos). 1. Ed. Rosario (Argentina): Ediciones AVI, 2023, p. 34.

ARTÍCULO 3 — CONCEPTO DE PROCESO QUE RIGE PARA INTERPRETAR ESTE CÓDIGO

*Este código define al proceso como a un medio metódico y pacífico de debate dialogal y argumentativo efectuado entre dos partes antagónicas, dirigidas durante su desarrollo por un juez que les asegura, con su propia imparcialidad, un trato jurídicamente igualitario en el otorgamiento de una constante audiencia recíproca.*⁸⁸⁴

O artigo ainda contém, em nota, observações importantes sobre o conceito de processo, a exemplo de considerar imperativo ao juiz o respeito irrestrito aos princípios processuais e às regras de procedimento estabelecidas pela legislação; a consideração do diálogo como prática entre duas ou mais pessoas que alternativamente manifestam suas ideias ou pretensões, do que se exige motivação para tanto; que a atividade do julgador seja dotada de imparcialidade, o que é a essência do processo; que o trato igualitário às partes tenha carácter jurídico-processual, traduzido na paridade de oportunidades e de audiência, sem vantagem ou privilégio; que a audiência é recíproca no sentido que todo o afirmado por uma das partes deve ser posto em conhecimento da outra, concedendo-lhe a oportunidade de

negá-lo, de afirmar outra coisa e, nesse caso, prová-lo.

Nesta linha de pensamento, o processo ocupa campo próprio de reflexão, o que está distante da concepção de que seja um mero instrumento da jurisdição, constituindo-se como uma garantia essencial para que os jurisdicionados assegurem o acesso legítimo às suas pretensões.

Logo, no plano processual, o garantismo se apresenta pela dimensão do devido processo legal e seus consectários estruturais, no intuito de dificultar condutas arbitrárias na arena processual com a observância da imparcialidade do julgador, dialogicidade das partes e impedimento ao voluntarismo, que muitas vezes tenta se implantar a partir de uma lógica publicista de cariz socializante, fortalecida pela ideia instrumental de processo.

A perspectiva aqui desenvolvida considera que o desenho processual representa fator determinante para a construção legítima de uma teoria de decisão judicial, na medida em que os modelos processuais de cariz publicista/socializantes possibilitam a mitigação da dialogicidade entre os atores e fomenta posturas mais autoritárias dos magistrados. Já o modelos processuais de perfil garantista, potencializam diálogo e são capazes esvaziar as arbitrariedades, na medida em que se apresentam como instituição de garantia⁸⁸⁵. Pluralidade,

⁸⁸⁴https://www.institutopanamericanoderechoproc.esa.org/archivos/1183_1707220655_CodigoModeloIOPDP_2.pdf (p. 6).

⁸⁸⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Notas para uma garantística. Empório do Direito, 4 jul. 2018.

Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-40-notas-para-uma-garantistica>. Acesso em: 28 ago.2024.

debates entre os atores e diminuição dos espaços de arbítrio, tendem a estruturar uma teoria de decisão mais alinhada ao Estado Democrático de Direito.

O eixo estruturante do modelo processual, tendente a legitimar uma teoria de decisão alinhada ao Estado Democrático de Direito, se funda no contraditório, na fundamentação analítica e na imparcialidade do juiz.

Quanto ao primeiro eixo, a cláusula do devido processo legal, na dimensão do contraditório efetivo, se mostra como elemento fundamental para que ocorra de forma legítima a atuação jurisdicional em Estados Democráticos, principalmente diante da projeção cada vez mais larga da norma jurídica presente no preceito decisório.

Neste contexto, o contraditório seria a expressão processual do princípio político da participação democrática, que disciplina as relações entre o Estado e os cidadãos na Democracia contemporânea. Seria um princípio tradicional do processo judicial com embrião na antiguidade e que apresentou evoluções da sua concepção clássica até o processo contemporâneo.⁸⁸⁶

O referido princípio como corolário do princípio político de participação democrática pressupõe ciência do processo e dos atos processuais, com vistas a dar às partes a oportunidade de manifestação e defesa, caracterizando-se pela

adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais, por meio de comunicações eficientes, possibilitando a impugnação do que se mostrar contrário aos seus interesses, de forma a não se decidir qualquer questão sem que os interessados possam se manifestar.

Essa dimensão do princípio do contraditório se transformou com a transição do processo comum pelos influxos da socialização processual, que se caracterizou nesse viés, pela modificação de seu caráter isonômico entre os sujeitos processuais para uma ordem assimétrica, com predominância do protagonismo judicial e a hierarquização dos julgadores em relação às partes do processo.⁸⁸⁷

Esse movimento revelou uma gradual fragmentação e enfraquecimento do espaço de diálogo no processo, devido ao esvaziamento das suas bases, sobretudo o contraditório, em razão do fortalecimento do protagonismo judicial na matriz socializante de processo.⁸⁸⁸

O princípio do contraditório, neste ambiente, foi relegado a uma mecânica contraposição de direitos e obrigações, sendo comumente disposto como um direito de bilateralidade de audiência, que possibilitava às partes a ciência dos atos processuais e a oportuna manifestação.

Num primeiro momento tratado como princípio basilar do processo, que asseguraria influência e compensação

⁸⁸⁶ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. v. 1. p. 527.

⁸⁸⁷ PICARDI, Nicola. “Audiat et altera pars” le matrici storico- culturali del contraddittorio.

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè. 2003, p. 18.

⁸⁸⁸ Ibidem, p. 19.

das desigualdades entre as partes, foi reduzido a uma concepção formal, numa lógica de direitos e obrigações, que sequer teria influência na elaboração da decisão judicial devido à manifesta posição hierarquicamente superior do julgador, desobrigado a enfrentar os argumentos trazidos pelas partes.⁸⁸⁹

A configuração meramente formal do contraditório foi evoluindo para um modelo que se identifica com a possibilidade das partes de apresentar alegações, propor e produzir provas, e efetivamente contradizer o que foi apresentado pela parte contrária.

Esse redirecionamento começou a ser revelado no Pós-Segunda Guerra, com os movimentos escorados na ampla constitucionalização de garantias processuais, na investigação a respeito dessas garantias e no interesse pela colaboração das partes, permitindo novas perspectivas de análise para o princípio do contraditório.⁸⁹⁰

A concepção isonômica do princípio do contraditório, começa a ganhar eco a partir do momento em que a doutrina processual germânica constatou que este princípio não poderia mais ser examinado apenas num contexto formal de bilateralidade da audiência, mas como uma possibilidade de influência na construção do provimento, de modo a evitar, também, que as partes fossem

surpreendidas com fundamentos que não foram submetidos ao debate.⁸⁹¹

Essa mudança de paradigma na concepção do contraditório, faz surgir um verdadeiro dever de consulta do magistrado, que deveria promover o debate preventivo e, ainda realizar uma avaliação de todos os fundamentos da decisão a ser proferida a partir do contraditório, assegurando um ambiente de igualdade entre os atores.⁸⁹²

O princípio do contraditório, então, se concretizaria em perspectiva constitucional, com a observância de três relevantes dimensões, reconhecidas com a ciência dos atos processuais praticados; a possibilidade ampla de defesa, posicionando-se sobre cada questão relevante posta para o resultado; e o poder de influência caracterizado pela possibilidade de exigir do julgador que enfrente seus argumentos e provas ao elaborar a decisão.⁸⁹³

O fortalecimento do princípio do contraditório a partir desses três pilares, revela uma tendência de consolidação do seu núcleo como garantia de influência no desenvolvimento e construção das decisões judiciais, sendo considerado um dos principais pilares estruturais da cláusula do devido processo e elemento indissociável de uma Teoria Constitucional da Decisão.

⁸⁸⁹ CAPONI, Remo. Note in tema di poteri probatori dele parti e del giudice nel Processo Civile tedesco dopo la riforma del 2001. Le prove nel processo civile. *Atti del XXV Convegno Nazionale*. Milano: Giuffrè. 2007, p. 269.

⁸⁹⁰ Ibidem.

⁸⁹¹ BENDER, Rolf. STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Access to justice – a world survey*. Milano: Giuffrè. 1978. v. I. Livro II, p. 530.

⁸⁹² BENDER; STRECKER. Op. cit., p. 532.

⁸⁹³ COMOGLIO. Op. cit., p. 2.

Infer-se assim, que o princípio do contraditório ultrapassa a mera ciência dos atos praticados no processo para possibilitar reação e defesa, consolidando-se como verdadeiro poder de influenciar os resultados obtidos para a construção do provimento judicial.⁸⁹⁴

Essa dimensão do contraditório se configura pela possibilidade de os interessados efetuarem intervenções eficientes no processo e exercerem amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa, preservando o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem sua plena participação, constituindo-se, assim, como uma verdadeira garantia da não surpresa, que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive aquelas que o ordenamento jurídico permite que se conheça de ofício, impedindo que, de modo arbitrário, apliquem-se normas ou embase-se a decisão sobre fatos completamente estranhos às questões postas pelas partes envolvidas e eventuais afetados pela decisão.

Diante do contexto apresentado, é possível afirmar que a observância do contraditório na dimensão influente afeta diretamente o problema da fundamentação e a consequente legitimidade da decisão judicial, sobretudo, nos espaços e modelos

processuais cujas decisões tendem a adquirir projeção normativa mais larga, como àquelas que formarão um precedente vinculante ou as proferidas em processos de natureza coletiva. Por este motivo, o contraditório efetivo configura-se como núcleo estrutural da teoria da decisão em perspectiva democrática.

A fundamentação analítica e a imparcialidade, segundo e terceiro eixos estruturantes, serão tratados conjuntamente, uma vez que são elementos precedentes e consequentes reciprocamente e, estando presentes, permitem o controle das decisões pelas partes envolvidas e também pela própria sociedade.

A imparcialidade judicial é assegurada por normas internacionais⁸⁹⁵ e, de forma indireta, nos dispositivos constitucionais, para cingir a atividade dos julgadores e o processo com várias garantias em busca do exercício isento dos órgãos na análise e julgamento dos casos concretos⁸⁹⁶.

É relevante mencionar a indicação de Isabel Huertas Martin⁸⁹⁷ sobre a distinção em dois aspectos da imparcialidade judicial realizadas em julgamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), sendo a primeira sob o aspecto subjetivo, que trata de averiguar a convicção do juiz em determinado caso (foro interno ou

⁸⁹⁴ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedente Judicial: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa*. 2. Ed. Curitiba: Juruá. 2022. p. 261.

⁸⁹⁵ Artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de

1966; artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969 e; artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

⁸⁹⁶ Vide artigos 5º, 93 e 95 CF/88.

⁸⁹⁷ MARTIN, Isabel Huertas. Garantías de la imparcialidad judicial: las causas de excusa y recusación. RBD, n. 10, julio 2010, p. 259.

interesse em dado assunto particular), observada a presunção relativa da imparcialidade. E no aspecto objetivo, se o órgão judicial oferece suficientes garantias para excluir qualquer dúvida razoável ou legítima a esse respeito (aparência da imparcialidade).

Ordinariamente, a legislação processual disciplina as situações clássicas que impedem a condução imparcial dos feitos pelos julgadores, as chamadas causas de impedimento e suspeição⁸⁹⁸. As hipóteses estão relacionadas às partes (parentesco, amizade íntima ou inimizade capital, relação de trabalho, dentre outros) ou ao processo (testemunha ou mandatário de uma das partes, já ter proferido decisão em primeira instância, dentre outros).

Para além das situações positivadas, importa avaliar acerca da concepção ideológica típica dos seres humanos em geral, mas que, na ocorrência de viés ideológico acentuado do julgador, pode inviabilizar a condução imparcial do processo, o que deve ser analisado de forma objetiva no caso concreto⁸⁹⁹. Neste sentido, as causas ordinárias de impedimento e suspeição contida na legislação são insuficientes para filtrar o exercício da atividade judicante, sendo mais um fator a considerar para garantir a imparcialidade.

A imparcialidade, na dinâmica entre os sujeitos processuais, no caso, as partes e o juiz, para desenvolver-se conforme exposto, deve se basear

fundamentalmente na conduta imparcial e obediente à lei do juiz, tanto do ponto de vista subjetivo como objetivo.

No campo subjetivo, está vinculada à intimidade dos juízes, sendo as hipóteses de impedimento e suspeição do juízo, como já comentado. De uma perspectiva objetiva, é vital delimitar os critérios das funções processuais judicantes, protegendo outras garantias como o contraditório e a igualdade, ou seja, a proteção da imparcialidade vai além da esfera pessoal do juiz, culminando no dever de observar as normas processuais prévias e a manutenção da necessária equidistância quanto ao papel típico das partes, tal como a impropriedade da produção de provas de ofício.

A imparcialidade objetiva se dá pelo esforço por neutralidade judicial em relação ao objeto do processo. Da concepção do processo como garantia constitucional contrajurisdicional de liberdade, as partes detêm autonomia de constituírem para si o objeto do seu debate, apresentando seus fundamentos de fato, fundamentos de direito, pedidos, argumentos e provas. Por outro lado, ao juiz é defeso apresentar adições, alterações ou supressões a esse conjunto dialético, em atenção à força da primazia da liberdade sobre a autoridade, isto é, as partes têm liberdade e poder, ao passo que o juiz apenas o poder.⁹⁰⁰

⁸⁹⁸ Artigo 144-148 do Código de Processo Civil, lei n. 13.105 de 16 de março de 2015.

⁸⁹⁹ FENOLL, Jordi Nieva. El sesgo ideológico como causa de recusación. Revista Ius et Praxis, Año 18, n. 2, 2012, pp. 295 – 308.

⁹⁰⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Imparcialidade como esforço. Empório do Direito, 9 dez. 2019. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/42->

A constatação implica em ser a imparcialidade objetiva uma repartição clara, equilibrada e precisa de funções entre juiz e partes, não se tratando de repartição aleatória. A função exclusiva do juiz se encontra em decidir sobre todo o conjunto dialético que as partes, no exercício das suas respectivas e igualmente exclusivas funções, têm de: invocar os fundamentos de fato e de direito; construir seus argumentos mediante a articulação entre fundamentos de fato e de direito; deduzir pedidos desde esses argumentos e confirmá-los mediante provas.⁹⁰¹

Desta forma se concebe um verdadeiro dever de (esforço por) imparcialidade ou neutralidade, um dever jurídico de não tomar parte na realidade do processo, de não lhe ser proprietário, respeitando-lhe a externalidade. O dever se cumpre de acordo com o grau de objetividade com a qual atua o sujeito judicante, numa atuação judicial que não deforme os cinco aspectos fundamentais do processo - a atuação dos sujeitos do processo, o objeto do processo, a força das provas, o procedimento da lei e o direito aplicável -, com a internalização de serem eles partes constituintes de uma realidade externa impassível de intervenção.⁹⁰²

O desenvolvimento do processo pelas vias da neutralidade configura ponto inicial para garantir o

cumprimento de direitos processuais fundamentais, e assim, outro enfoque se destaca, a fundamentação/motivação das decisões judiciais.

A fundamentação, que inclui a motivação, é um direito fundamental do cidadão e exigência própria do Estado Democrático de Direito, não se limitando à mera indicação do fundamento legal e constitucional na decisão, mas deverá conter razões e argumentos de caráter jurídico que a justifiquem. Dada a impossibilidade das normas positivas preverem todas as situações relevantes com repercussão no sistema jurídico, haja vista o dinamismo inerente à sociedade, age a fundamentação como método de controle das decisões judiciais, garantindo sua legitimidade.

O ônus discursivo analítico na teoria da decisão judicial consiste na obrigação que o juiz tem de fundamentar sua decisão de forma clara e precisa, explicando os motivos pelos quais chegou à determinada conclusão.⁹⁰³ Isto inclui a análise dos fatos apresentados, a aplicação das normas jurídicas adequadas e a justificativa para a escolha de determinada interpretação ou solução para o caso. O objetivo desse ônus é garantir transparência e legitimidade ao processo decisório judicial.

Decidir fora destes parâmetros implica em atuação discricionária. A discricionariedade judicial é identificada como um dos fatores mais perniciosos

imparcialidade-como-esforço. Acesso em: 29 ago.2024.

⁹⁰¹ Ibidem.

⁹⁰² Ibidem.

⁹⁰³ ALMEIDA, Marcelo Pereira. Precedentes Judiciais: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de Demandas em Massa. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2022. p. 86.

que afetam a atuação do Poder Jurisdicional nos Estados Contemporâneos, comprometendo intensamente a segurança jurídica. Segundo Lenio Streck, a segurança jurídica serve como uma proteção contra a arbitrariedade judicial. No entanto, ele também enfatiza que deve haver limites na busca pela fundamentação decisória, uma vez que não existe um método absoluto ou critério universal que possa fornecer a última palavra do processo interpretativo-hermenêutico.⁹⁰⁴

Embora não existam métodos infalíveis para a interpretação das normas constitucionais, é essencial seguir princípios básicos, como a busca pela resposta constitucional adequada e a coerência doutrinária, normativa e principiológica. A contextualização do caso concreto é um elemento crucial na hermenêutica, evitando a robotização de sentenças e garantindo a fidelidade doutrinária.⁹⁰⁵

Nesta perspectiva, o processo decisório deve estar ancorado em uma coerência doutrinária, principiológica e normativa para garantir a adequação das decisões. O papel da hermenêutica é crucial para o alcance de critérios e métodos adequados para a solução de conflitos, sendo o voluntarismo judicial, pautado em pragmatismo exacerbado, fator que fortalece o ativismo e fragiliza a segurança jurídica.⁹⁰⁶ Georges Abboud e Júlio Rossi, a respeito da discricionariedade judicial, se

posicionam na defesa de que não seria possível admitir qualquer tipo de discricionariedade judicial em um contexto democrático, argumentando que a discricionariedade pode levar a decisões baseadas na vontade do julgador, ao invés de seguir a lei de forma justa e imparcial.⁹⁰⁷

Nesta perspectiva, constata-se que a previsão de um dever de fundamentação pautado nas diretrizes normativas previstas na legislação processual permite um exercício analítico que, uma vez observado, mostra-se capaz de afastar a excessiva criatividade e discricionariedade, tão perniciosas e que esvaziam a cláusula do devido processo legal.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

As reflexões realizadas a partir dos vetores pesquisados, permitiram inferir que, no contexto da teorização da decisão judicial nos Estados Contemporâneos, a única que parece ser capaz de conter o arbítrio estatal seria a permeada pelo garantismo. A assunção das duas dimensões do garantismo, constitucionalismo garantista e o garantismo processual, não são capazes por si só de coibir o arbítrio configurado pela discricionariedade judicial, mas permitem um maior controle dos atos praticados pelos magistrados, servindo, assim, como núcleo essencial para a

⁹⁰⁴ STRECK, L. L. ; MORAIS, J. L. B. . Ciência Política e Teoria do Estado. 8. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2014. p. 37.

⁹⁰⁵ Ibidem, p. 39.

⁹⁰⁶ Ibidem, p. 39.

⁹⁰⁷ ABOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. Revista de Processo, vol. 269, p. 109 – 138, Jul de 2017.

estruturação de uma teoria de decisão judicial alinhada ao Estado Democrático de Direito.

No plano substancial, constatou-se que, no contexto de contenção de atuação jurisdicional discricionária, Ferrajoli desenvolveu a ideia de constitucionalismo garantista, que defende a necessidade de clareza e objetividade constitucional, uma vez que tais medidas limitariam os espaços interpretativos e passíveis de autoritarismo. Admite o viés negativo, quanto a não interferência estatal, enquanto meio de assegurar o Estado Democrático de Direito e de igual forma, defende balizadores positivos de políticas governamentais, como a preservação da igualdade. *Principia iuris* buscou demonstrar o conjunto fundamental de valores mínimos e objetivos para o exercício de justiça, sinalizando que o poder estatal pode ser necessário para a realização do bem-estar coletivo, mas deve operar dentro de limites estabelecidos pela lei e pelos direitos fundamentais, o que rechaçada a discricionariedade que possui viés elástico e extra ordenamento jurídico, estando além dos limites constitucionais.

No plano procedimental, constatou-se, no que diz respeito ao garantismo processual, que o desenho processual representa fator determinante para a construção legítima de uma teoria de decisão judicial, na medida em que os modelos processuais de cariz publicista/socializantes tendem a mitigar a dialogicidade entre os atores e fomentar posturas mais autoritárias dos magistrados e, o modelo processual de perfil garantista, potencializa diálogo

e é capaz de esvaziar as arbitrariedades. Na medida em que apresenta o processo como instituição de garantia, de caráter contrajurisdicional, o assegura como espaço de liberdade e poder para as partes, e somente de poder limitado pela ordem jurídica ao juiz, sob os eixos estruturantes do contraditório, da fundamentação analítica e da imparcialidade judicial.

A lei processual civil avançou ao positivar como normas fundamentais garantias processuais de nível constitucional, sendo um contrassenso a manutenção de amplos poderes ao juiz, os quais permitem atuação além do exercício do poder decisório de resolução dos conflitos nos termos e limites propostos pelas partes. Exemplo disso é o estabelecimento de parâmetros objetivos de fundamentação das decisões (art. 489, §1º, CPC), mas logo em seguida a possibilidade de ponderação entre normas (art. 489, §2º, CPC), o que, ao invés de limitar o poder judicial, contribui para o arbítrio e o decisionismo, que podem ser utilizadas como um álibi para permitir a discricionariedade na produção da decisão judicial. Isso enfraquece as pilastras do Código de Processo Civil, que busca por decisões íntegras e coerentes, podendo levar à proliferação de decisões genéricas, não fundamentadas e afastadas dos aspectos fáticos do caso concreto.

A estrutura normativa infraconstitucional e respectiva aplicação, a despeito da indicação expressa de ordenação, disciplina e interpretação em obediência às normas fundamentais da Constituição – e aqui se inclui o devido processo legal e todos

os seus consectários -, direcionam o comportamento decisório e desenham uma teoria da decisão na contemporaneidade que não se revela capaz de impedir atuações discricionárias, mas, ainda assim, podem servir de balizadores para o aprimoramento do conteúdo da decisão.

O que se pôde concluir no estudo é serem as duas dimensões do garantismo as únicas que se mostram capazes de promover algum traço de contenção ao arbítrio e à discricionariedade judicial, tanto o substancialista, presente na teoria do constitucionalismo garantista, quanto na estrutura do garantismo processual, presente na cláusula do devido processo legal, haja vista o potencial limitador de comportamento voluntarista que elas apresentam.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. *Revista de Processo*, vol. 269, p. 109 – 138, Jul de 2017.
- ABELLÁN, Marina Gascón. Principia iuris: Caracterización de una teoría jurídica. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31. ISSN: 0214-8676, p. 233-244, dez, 2008.
- ABELLÁN, Marina Gascón. *La pensam general del garantismo: rasgos principales*. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. Ed., p. 21 – 39, Madrid: Trotta, 2009.
- ALMEIDA, Marcelo Pereira. *Precedentes Judiciais: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de Demandas em Massa*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2022.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El fracaso de la justicia - la incoherencia normativa y el decisionismo judicial en América Latina y una deuda aún pendiente: el proceso adversarial puro en todos los fueros judiciales* (Colección textos jurídicos). 1. Ed. Rosario (Argentina): Ediciones AVI, 2023.
- BENDER, Rolf. STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Access to justice – a world survey*. Milano: Giuffrè. 1978. v. I. Livro II.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30. Ed. São Paulo: Malheiros. 2015.
- CAPONI, Remo. Note in tema di poteri probatori dele parti e del giudice nel Processo Civile tedesco dopo la riforma del 2001. *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno Nazionale*. Milano: Giuffrè. 2007.
- CARBONELL, Miguel. *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli*. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed., p. 171-207, Madrid: Trotta, 2009.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e giusto processo (Modelli a confronto). *Revista de*

- Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 23, n. 90.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Imparcialidade como esforço. *Empório do Direito*, 9 dez. 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/42-imparcialidade-como-esforco>. Acesso em: 29 ago.2024.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Notas para uma garantística. *Empório do Direito. Coluna ABDPRO*, 4 jul. 2018. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-40-notas-para-uma-garantistica>. Acesso em: 13 jun. 2021.
- FENOLL, Jordi Nieva. El sesgo ideológico como causa de recusación. *Revista Ius et Praxis*, Año 18, n. 2, 2012, pp. 295 – 308.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Manifesto per l'uguaglianza*. Roma: Editori Laterza, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: ____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. v. 1.
- Instituto Panamericano de Derecho Procesal. *PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL GENERAL MODELO PARA LA JUSTICIA NO PENAL DE LATINOAMÉRICA*. Disponible en: https://www.institutopanamericanoderechoprocesal.org/archivos/1183_1707220655_CodigoModeloIPDP_2.pdf. Acesso em 23 feb.2024.
- MARTIN, Isabel Huertas. Garantías de la imparcialidad judicial: las causas de excusa y recusación (en la ley del órgano judicial de 24 de junio de 2010 del Estado Plurinacional de Bolivia). *RBD*, n. 10, julio 2010, p. 255-276.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 29. ago. 2024.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Garcia Medina et al (Coord.). 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 218-223.
- PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars” le matrici storico- culturali del contraddittorio. *Rivista*

Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè. 2003.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2014.

TRINDADE, André Karan. Discutindo o garantismo de Luigi Ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em*

Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, p. 1228 – 1250, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-779, consulta realizada em 21 ago. 2024.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de: Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2002. Título original: *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*.

**BOA-FÉ PROCESSUAL E ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO: O ASSÉDIO PROCESSUAL
DEFINIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E OUTRAS MODALIDADES
ESTRANGEIRAS DE ILÍCITO PROCESSUAL ⁹⁰⁸**

***PROCEDURAL GOOD FAITH AND ABUSE OF THE RIGHT OF ACTION: PROCEDURAL
HARASSMENT DEFINED BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE AND OTHER
FOREIGN MODALITIES OF PROCEDURAL WRONGDOINGS***

Marcelo Veiga Franco

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Visiting Scholar na Universidade de Wisconsin/EUA. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade Milton Campos. Procurador do Município de Belo Horizonte/MG. Advogado. E-mail: veigafranco@hotmail.com

Guilherme Costa Leroy

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Visiting Researcher na Universidade da Califórnia – Berkeley/EUA. Advogado na Leroy & Miranda Advocacia Patrimonial. Conselheiro Permanente do Instituto de Direito Processual (IDPro). E-mail: gcleroy@gmail.com

RESUMO: O vigente Código de Processo Civil, ao idealizar um modelo processual pautado no princípio da cooperação processual (art. 6º) e na amplitude da garantia fundamental do contraditório (arts. 7º e 9º) – inclusive como garantia de não-surpresa (art. 10) –, consagra a boa-fé processual como uma das normas fundamentais do processo civil brasileiro (art. 5º), cuja observância é obrigatória por todos aqueles que de qualquer forma participam do processo. Partindo dessa premissa, o presente artigo tem como objetivo analisar diversas modalidades de proteção da boa-fé processual, a partir da vedação de comportamentos abusivos quanto ao exercício do direito de ação. Para tanto, examinou-se, primeiramente, o *assédio*

processual, expressão cunhada pelo Superior Tribunal de Justiça para retratar o ilícito processual consistente no ajuizamento sucessivo de ações judiciais desprovidas de fundamentação idônea e propostas com objetivo doloso. Em seguida, foram analisadas as seguintes situações de tutela da boa-fé processual regulamentadas em ordenamentos jurídicos estrangeiros: a) proibição da *sham litigation* (em tradução livre, litigância vergonhosa, ou simulada, ou fingida, ou falsa); b) proibição da *frivolous litigation* (em tradução livre, litigância frívola ou litigância leviana); c) proibição da *vexatious litigation* (em tradução livre, litigância vexatória); d) proibição da *splitting of causes of action* (em

⁹⁰⁸ Artigo recebido em 29/06/2023 e aprovado em 08/08/2024.

tradução livre, fracionamento de causas de pedir) e do *flood or bury in documents* (em tradução livre, inundar ou enterrar documentos); e) *strategic lawsuit against public participation* (em tradução livre, processo judicial estratégico contra a participação pública) e *chilling effect* (em tradução livre, efeito de esfriar ou abafar); f) *táticas de guerrilha* na arbitragem internacional. Ao final, concluiu-se que é necessário continuar buscando a identificação de condutas processuais abusivas, com o escopo de estruturar um sistema jurídico brasileiro de contenção de ilícitos processuais envolvendo as diversas formas de proteção da boa-fé processual e de impedimento ao exercício abusivo do direito de ação.

PALAVRAS-CHAVE: Boa-fé processual; abuso do direito de ação; assédio processual; ilícito processual; direito estrangeiro.

ABSTRACT: The current Code of Civil Procedure, by idealizing a procedural model based on the principle of procedural cooperation (art. 6) and the scope of expand the fundamental guarantee of the adversary system (arts. 7 and 9) – including as a guarantee of no surprise (art. 10) – enshrines procedural good faith as one of the fundamental norms of Brazilian civil procedure (art. 5), whose observance is mandatory for all those who in any way participate in the process. Based on this premise, this article aims to analyze different types of protection of procedural good faith, based on the prohibition of abusive behavior regarding the exercise of the

right of action. To this end, procedural harassment was examined, an expression coined by the Superior Tribunal de Justiça to portray the procedural wrongdoing consisting in the successive filing of lawsuits without reputable grounds and attempting malicious intent. Then, the following situations of protection of procedural good faith regulated in foreign legal systems were analyzed: a) prohibition of sham litigation; b) prohibition of frivolous litigation; c) prohibition of vexatious litigation; d) prohibition of splitting of causes of action and flood or bury in documents; e) strategic lawsuit against public participation and chilling effect; f) guerrilla tactics in international arbitration. In the end, it was concluded that it is necessary to continue seeking to identify abusive procedural conducts, with the aim of structuring a Brazilian legal system to contain procedural wrongdoings involving the various forms of protection of procedural good faith and impediment to the abusive exercise of right of action.

KEYWORDS: Procedural Good Faith; Abuse of the Right of Action; Procedural Harassment; Procedural Wrongdoings; Foreign Law.

INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por ocasião do julgamento do recurso especial n.º 1.817.845/MS, cujo acórdão foi publicado no dia 17/10/2019, cunhou a expressão *assédio processual* para retratar o ato ilícito de abuso processual consistente no ajuizamento sucessivo de ações judiciais desprovidas de fundamentação idônea e propostas com objetivo doloso. Não é de hoje que se procura impedir, conter e punir atos que são contrários às percepções de boa-fé e lealdade no processo, uma vez que prejudicam o alcance do objetivo final do procedimento: a resolução justa, efetiva e adequada do conflito.

Segundo a citada decisão, as hipóteses de exercício abusivo dos direitos fundamentais de ação e de defesa não se esgotam nas situações expressamente tipificadas na legislação.⁹⁰⁹ Diversamente, o abuso das posições processuais se insere em ambiente de atipicidade, justamente em virtude das várias possibilidades de violação à boa-fé processual que não se encerram nas expressas previsões legais. A menção feita pelos artigos 5º e

6º do CPC⁹¹⁰ no título das *normas fundamentais do processo*, por exemplo, evidencia como o norte da boa-fé, da lealdade e da cooperação ultrapassam a mera positivação de condutas que é feita em outros pontos da legislação.

Além disso, assim como a legislação, a doutrina e a jurisprudência evoluem em busca de novos meios de proteção contra os abusos processuais, os comportamentos das partes também se renovam, criativamente encontrando novas brechas. Diante da impossibilidade de identificação de todos os comportamentos abusivos e da constante renovação e adaptação da conduta das partes às modificações do ordenamento jurídico, é interessante observar como outros sistemas legais lidam com tal incessante observação e identificação de violações.

Nesse cenário, pretendeu-se examinar o entendimento firmado pelo STJ e outras modalidades estrangeiras que envolvem a proteção da boa-fé processual a partir da vedação de comportamentos abusivos quanto ao exercício do direito de ação. Para tanto, sem a pretensão de exaurir o estudo, foram analisadas as seguintes situações de tutela da boa-fé processual

⁹⁰⁹ Este também é o entendimento majoritário na doutrina, por todos, cf.: MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 29-38. E não poderia ser diferente, já que é impossível ao legislador prever todas as hipóteses de antemão (DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. *Ética e comportamento das partes no novo processo*

civil brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 182).

⁹¹⁰ O respeito aos princípios da boa-fé, da lealdade e da cooperação deve alcançar todos os comportamentos das partes durante o procedimento, principalmente ao se valer de institutos positivados. Basta a violação dos preceitos fundamentais ou das normas específicas do instituto, não sendo necessária expressa vedação do comportamento, seja como ato atentatório à dignidade da justiça ou litigância de má-fé.

regulamentadas em ordenamentos jurídicos estrangeiros: a) proibição da *sham litigation*; b) proibição da *frivolous litigation*; c) proibição da *vexatious litigation*; d) Proibição da *splitting of causes of action* e do *flood or bury in documents*; e) *Strategic lawsuit against public participation* (SLAPP) e *chilling effect*; f) *táticas de guerrilha* na arbitragem internacional.

1. A EXPLICITAÇÃO DA BOA-FÉ PROCESSUAL COMO NORMA FUNDAMENTAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Com nítida inspiração no art. 52 do CPC suíço,⁹¹¹ o art. 5º do CPC brasileiro consagra o princípio da boa-fé processual como uma das normas fundamentais do processo civil brasileiro. Trata-se de previsão legal com ampla abrangência.

A violação da boa-fé processual abrange tanto a hipótese de natureza *subjetiva* – um *estado de fato, psicológico, de consciência* de quem está lesando direitos ou interesses de

outros⁹¹² – como a situação em caráter *objetivo* – que não possui conceito definido doutrinariamente e é tratada por seus contornos como instituto ou modelo jurídico, como *standard* ou modelo comportamental e como princípio de *estado ideal de agir* ou *agir corretamente*.⁹¹³

Além disso, a boa-fé processual se aplica a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo. O ordenamento processual estabelece padrão ético e leal de comportamento, normativamente considerado, cuja observância é obrigatória para todo e qualquer sujeito processual, incluindo juiz, partes, advogados e intervenientes de quaisquer espécies.⁹¹⁴

E não poderia ser diferente. Partindo de modelo processual pautado no princípio da cooperação processual (art. 6º do CPC) e na amplitude da garantia fundamental do contraditório – inclusive como garantia de não-surpresa (arts. 7º, 9º, 10 *et al.* do CPC) –, a inserção de todos os sujeitos processuais em ambiente de lealdade processual é decorrência lógica.⁹¹⁵

⁹¹¹ Art. 52. *All those who participate in proceedings must act in good faith.* (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DA SUÍÇA. Disponível em: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/index.html>. Acesso em: 06 out. 2020).

⁹¹² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, 279-281. No mesmo sentido: LAGO JÚNIOR, Antônio. A operatividade da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BRAGA, Paula Sarno; e LAGO JÚNIOR, Antônio (coord.). *Ética e boa-fé no direito*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 23.

⁹¹³ Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua*

aplicação. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 281-283; e TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 87.

⁹¹⁴ DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 208-220; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Baiana de Direito: direitos fundamentais*, Salvador, n. 1, jan./jun. 2008, p. 176.

⁹¹⁵ CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5. ed., Paris: LexisNexis, 2006, p. 327-328; GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. *Procédure Civile – Droit Interne e Droit Communautaire*. 29. ed., Paris: Dalloz, 2008, p. 638.

Cuida-se inclusive de assegurar uma *deontologia processual* que agrega fundamentos inarredáveis de eticidade processual.⁹¹⁶

Nesse sentido, ao explicitar a boa-fé processual como norma fundamental, a codificação processual brasileira deixa expressa a sua escolha de coibir o exercício abusivo dos direitos, faculdades e posições processuais. Cabe a todos os sujeitos do processo, portanto, incessantemente monitorar seus próprios comportamentos, vigiar os demais envolvidos e zelar pela ética processual.

2. O “ASSÉDIO PROCESSUAL”: ANÁLISE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL N.º 1.817.845/MS

Em outubro de 2019, uma nova caracterização de comportamento que viola a boa-fé processual foi cunhada pelo STJ: o *assédio processual*. Ao analisar o REsp 1.817.845/MS,⁹¹⁷ a Terceira Turma do STJ identificou que uma das partes reiteradamente ajuizou ações ou apresentou teses de defesas infundadas com o intuito de postergar os efeitos jurídicos e impedir o acesso ao bem em discussão. Também entendeu ser cabível indenização à parte prejudicada. Por mais que o relator do recurso fosse o Ministro Paulo de Tarso

Sanseverino, o voto-vista da Ministra Nancy Andrighi foi acompanhado pelos demais ministros e concretizou o entendimento da turma.

Esta não foi a primeira vez que o STJ se pronunciou sobre a possibilidade de indenização decorrente do abuso de direito de ação. Em 2016, o tribunal superior, também sustentado por voto da Ministra Nancy Andrighi, condenou um padre do interior de Goiás a pagar indenização de danos morais no valor de R\$60 mil por ter utilizado do direito de ação para interromper gestação que tinha sido autorizada pela Justiça. Mesmo com autorização judicial para a realização do aborto, o casal foi impedido de realizá-lo por *habeas corpus* impetrado pelo padre e atendido pelo TJGO – cabe apontar que a gestante já estava no hospital e tinha iniciado a indução do parto quando foi notificada da decisão. Foram oito dias com dilatação já iniciada até que o parto ocorresse de forma natural, quando o feto nasceu e não sobreviveu em razão da condição preexistente.

Entretanto, foi apenas no indicado REsp 1.817.845/MS que o termo *assédio processual* foi mencionado pela Corte. Neste caso, a análise do abuso processual foi levada ao tribunal superior com base na necessidade de definição (a) se o ajuizamento de sucessivas ações judiciais pode configurar o ato ilícito de abuso do direito de ação ou de defesa e

⁹¹⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto). *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: UFMG, v. 2, n. 2, p. 270-272, 307, 317-321, mar./1998; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e*

tecnica del ‘giusto processo’. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 05.

⁹¹⁷ REsp n. 1.817.845/MS, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/10/2019, DJe de 17/10/2019.

(b) se o abuso processual pode acarretar danos de natureza patrimonial ou moral, dentre outras questões específicas do caso concreto.

O caso em análise teve origem em uma procuração falsa, datada de 1970, que levou ao ajuizamento de uma ação de divisão de terras particulares em área de 1.500 hectares, iniciada em 1988 e em trâmite até a data de prolação do acórdão pelo STJ. Por mais que o condomínio já tivesse sido extinto e a propriedade dos envolvidos definida na sentença da primeira fase da referida ação em 1995, outros 10 (dez) procedimentos judiciais ou administrativos foram ajuizados por uma das partes, todos na tentativa de alterar o direito de propriedade.

Inclusive, a área foi restituída à parte que detém o direito apenas em 2011. Mas não por falta de esforços para impedir: apenas em 03 meses foram ajuizados 04 procedimentos judiciais diferentes para evitar a entrega da área (ação declaratória, embargos de terceiro, medida cautelar e mandado de segurança, entre setembro e novembro de 2011).

Diante de tal cenário, o magistrado em primeira instância reconheceu o ato ilícito e condenou a parte ré a indenizar a parte autora. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS), no entanto, reformou a decisão estabelecendo posicionamento mais clássico em torno do direito de

ação,⁹¹⁸ de modo a não cercear a atuação estratégica da parte. Nesse caminho, o simples ajuizamento de diversas e sucessivas ações judiciais não constitui ato ilícito processual e, portanto, não gera fato danoso. O TJMS abraçou ainda a ideia de que eventuais comportamentos inadequados deveriam ser analisados em cada uma das ações judiciais, não sendo possível observá-los em ação autônoma.

É interessante observar como o entendimento do TJMS abarca percepção ampla e inabalável do direito de ação dos réus enquanto se discute a legalidade do conjunto de ações, mas é restritiva ao dizer que não cabe ação autônoma para intentar tal discussão. Há evidente contradição que parece justificar uma tolerância com os caminhos escolhidos pela parte e distancia o Poder Judiciário da responsabilidade de cooperação e lealdade das partes.

Inclusive, é a partir do entendimento do tribunal local que o STJ inicia a fundamentação do acórdão, apontando que não parece ser tradição do processo civil brasileiro o *reconhecimento da existência do ato ilícito de abuso processual*. Seja envolvendo o direito de ação ou de defesa, em hipóteses típicas ou não, seja na *má utilização dos direitos fundamentais*, não há adequada observância de eventuais abusos que ocorrem no Poder Judiciário brasileiro.⁹¹⁹

⁹¹⁸ O julgamento tratou o direito de ação como ilimitado. Sobre a impossibilidade, cf.: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 205; e SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria*

pragmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 68-69.

⁹¹⁹ Conforme inteiro teor da decisão: “Embora não seja da tradição do direito processual civil brasileiro, é admissível o reconhecimento da existência do ato ilícito de abuso processual, tais

Foi necessário caso excepcional e surpreendente, envolvendo litígio com raízes de quase 50 anos e mais de 10 procedimentos, para que o nosso ordenamento jurídico fosse impulsionado a regular melhor a questão. Antes tarde do que nunca.

O STJ não apenas cuidou de reconhecer todo o ilícito, como identificou situação específica, permitindo a sua caracterização e melhor reconhecimento futuro. Ficou expressamente consignado que o assédio processual é uma forma de abuso processual, deve ser afastado pelo juízo e gera dever de indenizar os prejudicados. Ainda que não seja conduta típica passível de punição, a fundamentação é extraída do próprio exercício regular dos direitos fundamentais:

Por esses motivos, é preciso repensar o processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito, não para frustrar o regular exercício dos direitos fundamentais pelo litigante sério e probo, mas para refrear aqueles que abusam dos direitos fundamentais por mero capricho, por espírito emulativo, por dolo ou que, em ações ou incidentes temerários, veiculem pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um simulacro de processo ao nobre albergue do

*direito fundamental de acesso à justiça.*⁹²⁰

É importante perceber que a expressão *assédio processual* rapidamente ganhou espaço nas discussões no âmbito jurídico, evidenciando que é aspecto que carecia de melhores olhares e regulações. Felizmente, o acórdão possui elementos suficientes para identificar os contornos deste novo aspecto do abuso de direito processual e pode, portanto, ser sistematizado para amadurecimento de sua delimitação e futura aplicação.

Por mais que o número de atos abusivos no caso em análise chame atenção, o acórdão inicia a sua identificação pela falta de fundamentação dos procedimentos intentados. Foram quase 10 ações ou procedimentos administrativos desprovidos de motivação clara e adequada que levaram a uma série de prejuízos. Para o caso concreto, o entendimento do STJ reconhece que existiram atos *sem qualquer fundamento relevante*, mas não é ideal que se interprete pela necessidade de requisito com tamanha restrição. Ora, é possível que se observe fundamentação com coerência interna ao raciocínio criado pelo postulante – até porque essa é uma das funções básicas do advogado –, mas sem adequação à realidade dos fatos, seja pela verificação dos

como o abuso do direito fundamental de ação ou de defesa, não apenas em hipóteses previamente tipificadas na legislação, mas também quando configurada a má utilização dos direitos fundamentais processuais.” REsp n. 1.817.845/MS, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relatora para acórdão Ministra

Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/10/2019, DJe de 17/10/2019.

⁹²⁰ REsp n. 1.817.845/MS, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/10/2019, DJe de 17/10/2019.

documentos, pela expansão da narrativa a ser trazida pelo réu ou com o verificado na fase probatória.

Nesse sentido, não basta que a causa de pedir e os pedidos respeitem a coerência e lógica exigida em lei,⁹²¹ estes não podem se distanciar da realidade fática, sob pena de embaçar a análise judicial. Assim, a fundamentação deve ser plausível, relevante, capaz de pelo menos gerar a possibilidade de provimento judicial, afastando as questões manifestamente improcedentes, por exemplo. Cabe apontar que não haverá sumária extinção do processo ou impedimento de processamento do feito, mas o ato do ajuizamento de ação sem fundamentação plausível leva à caracterização de abuso processual, notadamente quando misturada com os demais requisitos que serão apresentados e quando há dano concreto à parte prejudicada.

Observou-se ainda no caso concreto que existiu “dose significativa de temeridade na litigância” ao defender licitude de transferência feita com procuração falsa e tentar deslocar o foco de atenção do julgador do ato/fato a ser analisado no feito. Não bastasse a fundamentação não ser relevante, ela ainda era temerária por flertar com ilicitudes, aumentando a abusividade e a afronta ao ordenamento jurídico. Além da má utilização dos institutos processuais, procurou-se atingir objetivo ilegal, ainda que utilizando de forma prevista em lei.

É essencial apontar que a preocupação inicial deve ser com o conteúdo, uma vez que um ato pode causar mais danos do que vários, a depender das consequências atreladas. A quantidade de atos reforça o dever de indenizar, mas não é essencial para a caracterização do *assédio processual*. Nesse sentido, não existindo sólida coerência nas postulações feitas, já é possível desconfiar da estratégia por trás de seu ajuizamento.

Além disso e com bastante respaldo no caso em concreto analisado, o aspecto temporal do conjunto de ações praticadas pela parte foi de grande relevância para a identificação do *assédio processual*. Repete-se, foram mais de 16 anos de frustração do direito de propriedade já consolidado, sendo que no momento da obtenção da posse foram ajuizadas 04 ações judiciais em 03 meses, entre setembro e novembro de 2011.

É possível imaginar duas relações de comportamentos abusivos com o aspecto temporal: (1) ações espalhadas ao longo de vários anos, todas envolvendo a mesma causa de pedir; (2) várias ações simultâneas, conexas e pulverizadas. Observa-se que o tempo está atrelado à ocorrência de múltiplos atos, evidenciando maior consciência da prática dos atos abusivos e de suas possíveis consequências danosas.

Inclusive, aproveitando de entendimento assentado pela Justiça do

⁹²¹ A falta de decorrência lógica da causa de pedir e do pedido caracteriza inépcia da petição

inicial e leva ao seu indeferimento, na forma do artigo 330, I e §1º, I, III e IV, do CPC.

Trabalho⁹²², a caracterização do *assédio* depende de comportamento reiterado ou que perdura no tempo, não podendo ser meramente fato isolado. De toda forma, uma única ação ajuizada abusando do direito de ação já é passível de configuração de assédio processual, já que por si só se prorroga no tempo e envolve diversos atos da parte autora, sejam preparatórios ou processuais, incluindo os recursos que evidenciam a irresignação com a tutela jurisdicional. Como visto no caso envolvendo a interrupção de gravidez, bastou uma única ação (impetrar *habeas corpus*) para configuração do abuso processual, que perdurou fisicamente durante dias e psicologicamente por muito mais tempo, inclusive até o devido reconhecimento do dever de indenizar pelo STJ onze anos depois⁹²³.

O fato isolado, de toda forma, pode ser devidamente verificado dentro do procedimento originário e com as formas clássicas de inibição do dano

processual: o ato atentatório à dignidade da justiça e a litigância de má-fé.

Por fim, em embargos de declaração opostos contra o acórdão em análise,⁹²⁴ o STJ também esclareceu que não é necessário que as condutas realizadas devem ter coincidência temporal com os danos a serem reparados. Isso porque os atos vão se acumulando com o tempo e podem configurar dano pelo *conjunto da obra*. Além disso, por mais que os atos tenham sido praticados anos e anos atrás, a caracterização do prazo prescricional observará a ocorrência do dano, que pode ser mais recente.⁹²⁵

Outro elemento que também caracteriza o *assédio processual* é a existência de determinações judiciais e irresignação em face delas. O inconformismo do ser humano é sentimento natural, que envolve inclusive percepções pessoais sobre o conceito de justiça, mas deve ser adequadamente canalizado quando o

⁹²² A título de exemplo, cita-se decisão do TRT da 1ª Região (ROT 0010094-17.2015.5.01.0070, relator Desembargador José Geraldo da Fonseca, 8ª Turma, julgado em 06/02/2018, DJe de 22/02/2018), decisão do TRT da 2ª Região (ROT 1000308-70.2020.5.02.0702; relator Desembargador Moisés dos Santos Heitor, 1ª Turma, julgado em 10/06/2021, DJe de 13/06/2021) e decisão do TRT da 3ª Região (ROT 0010909-51.2018.5.03.0038; relatora Desembargadora Taisa Maria M. de Lima, 10ª Turma, julgado em 09/06/2020, DJe de 15/06/2020).

⁹²³ Os fatos envolvendo a gestão ocorreram em 2005, enquanto a decisão do STJ sobre a indenização foi proferida apenas em 2016. Cabe indicar que o TJGO havia afastado a responsabilidade pelo ocorrido, pautado na amplitude do direito de ação.

⁹²⁴ EDcl no REsp n. 1.817.845/MS, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 04/02/2020, DJe de 06/02/2020.

⁹²⁵ Acórdão: Desse modo, não há que se falar em contradição, na medida em que o fato de se reconhecer a ilicitude das condutas processuais dos embargantes, que se acumularam e que se avolumaram no tempo, não implica, necessariamente, na conclusão de que teria de haver coincidência temporal com o período dos danos a serem reparados. É perfeitamente possível, pois, que da somatória de atos ilícitos praticados ao longo de 39 anos de condutas processuais inadequadas resulte o dever de reparar os danos causados em período menor, observando-se o prazo prescricional previsto em lei.

inconformismo se der em razão de decisão judicial. Como se sabe, o instituto dos recursos existe exatamente como forma de garantir que o inconformismo possa ensejar a reanálise da decisão.

Entretanto, também existem limites ao inconformismo e aos recursos – o procedimento deve ser respeitado, principalmente após o seu esgotamento e a formação da coisa julgada. A elevada judicialização que permeia a cultura brasileira, por outro lado, pode ser extremada ao ponto de jamais se resignar perante as decisões judiciais, procurando de qualquer forma impedir ou reverter os efeitos concretos, ainda que por meios escusos. Aqui se observa terreno fértil para aparecimento dos abusos processuais, incluindo o *assédio processual*.

Esse comportamento afronta diretamente a essência do Poder Judiciário, aproximando-se do que é denominado internacionalmente de *contempt of court* (em tradução livre, desprezo pela corte).⁹²⁶ *Contempt of court* pode ser entendido como a “prática de qualquer ato que tenda a ofender um tribunal na administração da justiça ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem”.⁹²⁷

Nesse sentido, é inerente à própria existência e sustentação do Poder Judiciário que existam meios

capazes de tornar eficazes as suas decisões.⁹²⁸ O *assédio processual*, quando tenta impedir ou postergar a concretização de decisões judiciais, constitui uma forma de *contempt of court* a ser afastada.

É importante observar que o desrespeito às decisões judiciais não é elemento essencial do *assédio processual*, já que este pode ocorrer mesmo antes da existência de qualquer decisão, como no caso de múltiplas ações intentadas ao mesmo tempo. Além disso, o dano causado pode ser independente da existência de determinação judicial, como o que ocorre quando há simples publicização da existência de ações em face de alguém, gerando desconfiância do público em geral, no meio em que exerce atividades ou em suas atividades privadas, como família e demais relações pessoais.

O que se observa, no entanto, é que o evidente desrespeito ou resistência em face de decisões judiciais contribui para a ocorrência do abuso processual. Isto é, o *contempt of court* pode constituir *assédio processual* quando o ato envolver as demais características aqui exploradas, mas o nem todo *assédio processual* advém do *contempt of court*. Inclusive, a conduta se torna ainda mais grave ao gerar danos também à jurisdição, além da parte prejudicada. Assim, quando o

⁹²⁶ Paulo Afonso Brum Vaz traduz ainda como “desacato à corte” ou “desrespeito à corte” (VAZ, Paulo Afonso Brum. O contempt of court no novo processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 118, nov-dez, 2004, p. 150).

⁹²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, Abuso do Processo e Resistência às Ordens Judiciárias: O

Contempt Of Court. *Revista de Processo*, São Paulo. v. 102, abr-jun, 2001, p. 222.

⁹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, Abuso do Processo e Resistência às Ordens Judiciárias: O Contempt Of Court. *Revista de Processo*, São Paulo. v. 102, abr-jun, 2001, p. 222.

assédio processual também constitui *contempt of court*, a conduta se revela ainda mais grave.

Por fim, a última característica do *assédio processual* que pode ser extraída do acórdão em análise é a desnecessidade de observância do comportamento abusivo em cada processo, pois o dano pode surgir do *conjunto da obra*. Conforme consignado, o abuso processual pode ser oriundo de um ato só ou de “uma série de atos concertados, em sucessivas pretensões”.⁹²⁹

Já em relação à existência de dano, por simples observação do regramento geral sobre dano material, já resta claro que se há dano, ainda que processual, este deve ser indenizado.⁹³⁰ Configurada a conduta de abuso processual, coube à Terceira Turma do STJ analisar se é possível identificar dano a partir do abuso realizado.

Buscando inspiração na teoria do *sham litigation*, que será tratada adiante, não houve hesitação em consolidar que o exercício abusivo de direitos processuais é capaz de gerar danos aos envolvidos, sejam materiais ou morais. Especificamente, o *assédio processual* acaba por criar excessivo ônus à parte contrária, uma vez que é chamada a exercer o seu direito de defesa infinitas

vezes. Seja por dificultar a análise de mérito, conturbar o andamento processual ou postergar a efetivação do direito material, o abuso do direito de ação gera amplos prejuízos aos envolvidos, inclusive à própria justiça que deve tratar tantas demandas e, ao final, ainda exercer maior hermenêutica sobre o abuso ocorrido.

Além disso, o *assédio processual* posterga os efeitos da segurança jurídica esperada após a resolução do conflito judicial, já que pode permanentemente colocar em xeque a coisa julgada formada. Assim, cabe à parte assediada reiteradamente apontar que a questão já foi resolvida ou está em análise em outro processo.

No caso em concreto, foi determinada liquidação de sentença por arbitramento para delimitar o dano material e foi reconhecido o dano moral de 100 mil reais para cada prejudicado. Contribuindo ou não para perceber a cultura jurídica que envolveu o caso, posteriormente foram propostas 04 medidas para tentar a alteração da decisão pela parte sucumbente (três embargos de declaração e uma petição avulsa).

Resta claro do acórdão que o foco da análise para a identificação do abuso de direito processual é o

⁹²⁹ A regra segundo a qual a responsabilização por dano processual se apura no próprio processo (art. 18, §2º, do CPC/73; art. 81, §3º, do CPC/15) é obviamente aplicável quando o abuso de direito de que resulta o dano for suscetível de caracterização, ou disser respeito, apenas aos atos endoprocessuais nele praticados.

⁹³⁰ Nos termos do próprio acórdão: “A figura do abuso de direito é entre nós conhecida e

estudada essencialmente na perspectiva do direito material e, sobretudo, no âmbito do direito privado, em razão do que dispõe o art. 187 do CC/2002, segundo o qual ‘também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.’”

comportamento das partes que, ainda que revestido de legalidade, esconde objetivos abusivos:

O ardil, não raro, é camuflado e obscuro, de modo a embaralhar as vistas de quem precisa encontrá-lo. O chicaneiro nunca se apresenta como tal, mas, ao revés, age alegadamente sob o manto dos princípios mais caros, como o acesso à justiça, o devido processo legal e a ampla defesa, para cometer e ocultar as suas vilezas. O abuso se configura não pelo que se revela, mas pelo que se esconde.

Após o julgamento ocorrido em outubro de 2019, o termo *assédio processual*, que não aparecia nas ementas e pesquisas de jurisprudência, passou a ser mais recorrente no STJ – capitaneado pelos entendimentos da Ministra Nancy Andrighi, seguida dos demais ministros da Terceira Turma. No ano seguinte de 2020, por exemplo, foram 21 menções ao termo em ementas de julgamento (1 acórdão e 20 decisões monocráticas),⁹³¹ evidenciando a concretização da classificação. Trata-se, portanto, de importante julgado para a evolução da identificação dos abusos processuais que se renovam no tempo.

3. MODALIDADES DO DIREITO ESTRANGEIRO DE PROTEÇÃO DA BOA-FÉ PROCESSUAL A PARTIR DA

PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTOS PROCESSUAIS ABUSIVOS RELACIONADOS AO DIREITO DE AÇÃO

Examinado o entendimento firmado pelo STJ, passa-se à análise de algumas situações regulamentadas em ordenamentos jurídicos estrangeiros que visam à tutela da boa-fé processual a partir da vedação do exercício abusivo de direitos processuais.

3.1 PROIBIÇÃO DA SHAM LITIGATION

A expressão *sham litigation* (em tradução livre, litigância vergonhosa, ou simulada, ou fingida, ou falsa) é proveniente do direito concorrencial estadunidense. O termo foi originalmente cunhado para retratar o abuso no direito de petição com o objetivo de eliminação ou enfraquecimento mercadológico de sociedades empresárias ou empresários concorrentes. Posteriormente, passou a abarcar qualquer abuso com a finalidade ampla de produzir efeitos anticoncorrenciais.

Historicamente, o direito concorrencial nos EUA teve importante regulamentação por meio do *Sherman Act*, de 1890, cujo escopo era conter abusos de poder econômico, tais como nos casos dos cartéis e trustes.⁹³² Por outro lado, o amplo exercício do direito de petição era assegurado tanto pela Primeira Emenda da Constituição

⁹³¹ Pesquisa realizada pelo sistema de pesquisa de jurisprudência do STJ, no dia 15/02/2021.

⁹³² FERNANDES, Almir Garcia. *Sham litigation*: uso abusivo do direito de petição na propriedade

intelectual e no direito da concorrência. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*, v. 5, n. 1, Goiânia, p. 65-68, jan./jun. 2019.

Americana, como pela doutrina *Noerr-Pennington* – formada a partir do julgamento dos casos *Eastern Railroad Presidents Conference vs. Noerr Motor Freight Inc.* e *United Mine Workers vs. Pennington* –, segundo a qual a legislação antitruste não poderia impedir o acesso dos cidadãos aos poderes públicos constituídos, inclusive ao Poder Judiciário.⁹³³

Diante desse cenário, a partir do precedente formado no julgamento do caso *Califórnia Motor Transport Co. vs. Trucking Unlimited* – cujas bases foram posteriormente reiteradas no julgamento do caso *Otter Tail Power Co. vs. United States* – a Suprema Corte estadunidense decidiu que configura *sham litigation* a utilização, por parte de uma sociedade empresária, do seu direito de petição com o exclusivo propósito abusivo de fraudar a concorrência ou de gerar consequências anticoncorrenciais.⁹³⁴

Após, por meio do julgamento do caso *Professional Real Estate Investors, Inc. vs. Columbia Pictures Industries, Inc.*, a Suprema Corte estadunidense definiu os dois critérios para a caracterização da *sham litigation* e

consequente inaplicabilidade da doutrina *Noerr-Pennington*, a saber: a) o elemento objetivo, traduzido pela formulação de pleitos objetivamente infundados (*objective baseless claims*), no sentido de que a ação deve ser desprovida de qualquer fundamento, não sendo racionalmente esperada qualquer expectativa de procedência quanto ao mérito por parte do demandante; b) o elemento subjetivo, revelado pela finalidade anticompetitiva do litigante, na medida em que a ação é deflagrada como subterfúgio fraudulento para camuflar uma tentativa de ingerir diretamente nas relações empresariais e mercadológicas do concorrente.⁹³⁵

No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) constantemente é provocado a deliberar sobre alegações de infração da ordem econômica por força de prática de conduta proibida que vulnera a livre concorrência (v.g., art. 36, I e §3º, IV, da Lei n.º 12.529/2011). Nessas hipóteses, a caracterização da *sham litigation* é sustentada por sociedades empresárias que atribuem prática anticoncorrencial a concorrentes.⁹³⁶

⁹³³ VINHAS, Tiago Cação. *Sham litigation: do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais*. 2014. 228 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 24-31.

⁹³⁴ RENZETTI, Bruno Polonio. *Sham litigation: origens, (in)definições e recepção no direito concorrencial brasileiro*. 2015. 98 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 42-52.

⁹³⁵ SILVA, Lucia Helena Salgado e; ZUCOLOTO, Graziela Ferrero; BARBOSA, Denis Borges de. Litigância predatória no Brasil. *Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*,

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais, de Inovação, Regulação e Infraestrutura, n. 22, Brasília: Ipea, p. 27-30, nov. 2012.

⁹³⁶ A título exemplificativo, é possível mencionar os seguintes casos em que o CADE foi instado a se manifestar sobre a existência de *sham litigation*: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. PROCESSO ADMINISTRATIVO 08012.007189/2008-08. Interessados: Bann Química Ltda. e outros, data de registro: 08/09/2011; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. PROCESSO ADMINISTRATIVO

Já no âmbito dos tribunais judiciais, há entendimento no sentido do enquadramento da *sham litigation* como litigância de má-fé, em virtude de configuração de exercício dissimulado do direito de ação e do processo judicial para obtenção de objetivo ilegal consistente no propósito de prejudicar concorrente (art. 80, III, do CPC).⁹³⁷

3.2 PROIBIÇÃO DA *FRIVOLOUS LITIGATION*

A expressão *frivolous litigation* (em tradução livre, litigância frívola ou litigância leviana) possui propósito aproximado da *sham litigation* ao retratar o uso abusivo do direito de ação mediante a formulação de pretensão objetivamente infundada. Todavia, diferentemente da *sham litigation*, cuja incidência está conformada ao direito concorrential, a ideia da *frivolous litigation* é mais ampla e se irradia para todos os ramos da ciência jurídica.

Em geral, as ações frívolas são aquelas que contêm pretensões desprovidas de fundamentos fáticos

e/ou jurídicos. Em geral, as ações frívolas são aquelas que contêm pretensões desprovidas de fundamentos fáticos e/ou jurídicos. Entretanto, como é observado nos diversos institutos envolvendo boa-fé e abuso do direito, o conceito do que é frívolo não é claro e gera insegurança na interpretação e aplicação do instituto.⁹³⁸

Diante disso, podem ser gerados, por exemplo, prejuízos na esfera financeira, constrangimento moral desproporcional, lesões psíquicas graves ou comprometimento da reputação da parte prejudicada. Em alguns casos é considerado persecução processual intencionalmente maliciosa na esfera civil (*malicious civil prosecution*), que necessita de incisiva atuação de controle por parte do Judiciário, inclusive mediante a aplicação de sanções.⁹³⁹

A previsão do instituto *frivolous litigation* é especialmente difundida nos EUA. No Texas, por exemplo, o *Civil Practice and Remedies Code*, nas Seções 9.001 a 9.014, dispõe que as reivindicações frívolas são aquelas que

08012.004572/2007-15. Interessados: Amitech Brazil Tubos Ltda. e outros, data de registro: 28/02/2012; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. PROCESSO ADMINISTRATIVO 08012.004283/2000-40. Interessados: Comissão de Defesa do Consumidor e outros, data de registro: 09/09/2000.

⁹³⁷ A título exemplificativo, conferir: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. APELAÇÃO CÍVEL: APC 1059613, PROCESSO 20150111236025APC - (0035912-64.2015.8.07.0001 - Res. 65 CNJ), Relator Desembargador Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, julgado em 08/11/2017, DJE 22/11/2017; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E

TERRITÓRIOS. APELAÇÃO CÍVEL: APC 1011180, PROCESSO 20160110825507APC - (0023347-34.2016.8.07.0001 - Res. 65 CNJ), Relator Desembargador Hector Valverde, 1ª Turma Cível, julgado em 19/04/2017, DJE 16/05/2017.

⁹³⁸ Nesse sentido: CALL, Keith A. Can We Define Frivolous. *Utah Bar Journal*, v. 32, nº 6, November/December, 2019, p. 50; e LEVINE, Samuel J. Seeking a Common Language for the Application of Rule 11 Sanctions: What is Frivolous. *Nebraska Law Review*, v. 78, nº 3, 1999, p. 677-699.

⁹³⁹ WADE, John W. *On frivolous litigation: a study of tort liability and procedural sanctions*. *Hofstra Law Review*, v. 14, n. 3, p. 437 et seq., Spring 1986.

não se baseiam em nenhum fundamento de fato, não são asseguradas por nenhuma lei existente ou não são respaldadas por nenhum argumento de boa-fé que seja suficiente para a extensão, modificação ou reversão de norma existente. Nesse sentido, a litigância frívola é caracterizada quando a pretensão é deduzida em uma das seguintes situações: a) sem fundamento relevante e com má-fé; b) sem fundamento relevante e com o propósito de causar assédio; c) sem fundamento e com finalidades impróprias, tais como para causar protelações indevidas ou aumentos desnecessários nos custos do litígio.⁹⁴⁰

Já na Pensilvânia, o *Pennsylvania Code*, na regra 233.1, define que ocorre litigância frívola quando o autor, em causa própria, deduz as mesmas ou semelhantes reivindicações que já apresentou anteriormente contra o mesmo réu, desde que esses pleitos já tenham sido resolvidos previamente por meio de acordo ou decisão judicial definitiva. Nessa hipótese, mais restritiva e próxima à proteção da coisa julgada, o tribunal poderá impedir o prosseguimento da ação frívola, salvo se a demanda versar sobre direito de família.⁹⁴¹

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de

declarar a ocorrência de “litigância manifestamente protelatória e frívola” em hipótese na qual a parte requerente ajuizou sucessivas ações idênticas em um curto espaço de tempo, com o objetivo de “tentar a sorte” na busca de várias decisões sobre a mesma matéria por mais de um juiz.⁹⁴² Nesse caso, a conduta ilícita foi aferida não apenas diante do constrangimento causado ao mesmo requerido pela imposição pelo requerente de várias posições processuais passivas, mas também em face da própria “dignidade da justiça” (em aproximação à previsão do art. 77, VI e §2º, do CPC).

3.3 PROIBIÇÃO DA *VEXATIOUS LITIGATION*

Nos EUA e outros países originários da *common law* também se utiliza o termo *vexatious litigation* (em tradução livre, litigância vexatória) para tratar do ajuizamento de ações abusivas. Em diferentes Estados dos EUA, no entanto, o termo é voltado especificamente para o ajuizamento de ações em causa própria e com intenção indevida. Nesse caminho, as dificuldades conceituais e de parametrização são ainda mais profundas.⁹⁴³

Inicialmente, cabe mencionar que não é raro verificar o uso de *frivolous*

⁹⁴⁰ UNITED STATES OF AMERICA. *Civil Practice and Remedies Code*. Disponível em: <https://statutes.capitol.texas.gov/?link=CP>. Acesso em: 23 out. 2020.

⁹⁴¹ UNITED STATES OF AMERICA. *Pennsylvania Code*. Disponível em: <http://www.pacodeandbulletin.gov/Display/pacode?file=/secure/pacode/data/231/chapter200/>

s233.1.html&d=reduce. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁹⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 37338/DF, Relator Ministro Luiz Fux, decisão monocrática, julgado em 31/08/2020, DJE 01/09/2020.

⁹⁴³ SCHILLER, Erin e; WERTKIN, Jeffrey A. *Frivolous Filings and Vexatious Litigation*.

litigation e *vexatious litigation* como sinônimos para institutos que sancionam os advogados pela qualidade das ações propostas. Exemplo disso são as regulações do Estado de Michigan, que tratam expressamente da *frivolous litigation*, mas são estendidas para a ideia da *vexatious litigation*⁹⁴⁴. O que parece importar é conseguir identificar a conduta e aplicar a sanção, não sendo imprescindível qual termo utilizar.

A situação nos EUA é tão grave que os tribunais de Massachusetts identificaram o ajuizamento de pelo menos 150 demandas judiciais, das quais surgiram pelo menos 90 apelações, de um homem em face da sua ex-namorada. Em outro caso, uma única pessoa ajuizou mais de 300 demandas em diferentes Estados contra tribunais, juízes e servidores públicos. Ambos os casos foram considerados como *vexatious litigation*.⁹⁴⁵

De toda forma, as previsões normativas da *vexatious litigation* indicam expressamente a necessidade de atuação do advogado em causa própria.

A título exemplificativo, a Seção 391 do Código de Processo Civil da Califórnia⁹⁴⁶ estabelece as seguintes hipóteses alternativas para a

configuração de *vexatious litigation* (em tradução livre): (a) caso o autor, no período de sete anos imediatamente anterior ao ajuizamento da ação, tenha iniciado, processado ou mantido ao menos cinco litígios advogando em causa própria, exceto em situações específicas nos tribunais de pequenas causas (*small claim courts*); (b) caso o autor, advogando em causa própria, venha a pleitear judicialmente a mesma demanda contra o mesmo réu depois de já concluída validamente ação judicial anterior; (c) em qualquer litígio em que o autor, em causa própria, formule repetidamente pretensões judiciais, promova desnecessariamente produção antecipada de prova via *discovery* ou se envolva em outras táticas frívolas ou destinadas apenas a causar atrasos desnecessários; (d) caso o autor já tenha sido anteriormente declarado como litigante vexatório por um tribunal estadual ou federal em um processo judicial baseado nos mesmos ou semelhantes fundamentos de fato. As cortes da Califórnia, no entanto, já expandiram o instituto para casos nos quais quem representa o litigante faz parte da mesma sociedade de advogados dele ou mesmo quando não há atuação em causa própria, mas há intenso abuso do direito de ação.⁹⁴⁷

Georgetown Journal of Legal Ethics, v. 14, nº 4, Summer, 2001, p. 931.

⁹⁴⁴ Para tanto, Paul L. Hudgins define a *vexatious litigation* como a demanda *without sufficient grounds* (em tradução livre, sem fundamentos suficientes) e que serve apenas como *annoyance* (em tradução livre, perturbação) da outra parte. (HUDGINS, Paul L. *Vexatious and Frivolous Lawsuits: Attorney Sanctions in Michigan*. *Thomas M. Cooley Law Review*, v. 8, nº 3, 1991, p. 657-678).

⁹⁴⁵ Ambos os casos foram referenciados em: ZIELINSKI, Richard M. *Vexatious Litigation: A Vexing Problem*. *Boston Bar Journal*, v. 56, nº 4, Fall, 2012, p. 5-6.

⁹⁴⁶ UNITED STATES OF AMERICA. *California Code of Civil Procedure*. Disponível em: http://leginfo.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=391.&lawCode=CCP. Acesso em: 22 mai. 2023.

⁹⁴⁷ SCHILLER, Erin e; WERTKIN, Jeffrey A. *Frivolous Filings and Vexatious Litigation*.

No Texas, também nos EUA, o *Civil Practice and Remedies Code*, na Seção 11.054, define critérios semelhantes para a caracterização da litigância vexatória. De modo geral, o requerente incorre em *vexatious litigation* na hipótese em que o requerido comprove a ausência de probabilidade razoável de êxito da pretensão, de forma cumulativa com uma das seguintes situações: a) caso o autor, no período de sete anos imediatamente anterior à data de apresentação da respectiva moção pelo réu para declaração pelo tribunal da litigância vexatória, tenha iniciado, processado ou mantido ao menos cinco litígios em causa própria, ressalvadas situações específicas nos tribunais de pequenas causas (*small claim courts*); b) caso o autor venha a pleitear judicialmente a mesma demanda contra o mesmo réu depois de já concluída validamente ação judicial anterior; c) caso o autor já tenha sido anteriormente declarado como litigante vexatório por um tribunal estadual ou federal em um processo judicial baseado nos mesmos ou semelhantes fundamentos de fato.⁹⁴⁸

Por sua vez, a expressão *vexatious litigation* é utilizada em outros países de sistema *common law*. Na Inglaterra e no País de Gales, a litigância vexatória é compreendida como a

habitual e persistente propositura de ações judiciais sem fundamento razoável, seja contra mesma ou diferente pessoa. O controle judicial é realizado de duas formas: a) com base na Seção 42 do *Senior Courts Act 1981*, por meio da emissão pelas *High Courts* de *vexatious litigantes orders*, ou seja, ordens judiciais que impedem ou restringem o exercício do direito de ação de provocar a jurisdição estatal ou de prosseguir com um processo judicial, sem que haja autorização judicial expressa;⁹⁴⁹ b) com fulcro na *Practice Direction 3C* do *Civil Procedure Rules*, por intermédio da emissão pelos tribunais de *civil restraint orders*, isto é, ordens judiciais que aplicam sanções a litigantes que deduzem pretensões desprovidas totalmente de qualquer fundamento de mérito.⁹⁵⁰

Na Escócia, por seu turno, o *Vexatious Actions (Scotland) Act, 1898* atribui ao Tribunal de Sessão (*Court of Session*) o poder de coibir procedimentos judiciais vexatórios e sem fundamentos razoáveis, instituídos por uma pessoa de forma habitual e persistente, seja contra o mesmo sujeito ou partes diferentes.⁹⁵¹ Também no Canadá, a seção 40 (1) do *Federal Court Act* autoriza que o Tribunal Federal de Apelação (*Federal Court of Appeal*) ou o

Georgetown Journal of Legal Ethics, v. 14, nº 4, Summer, 2001, p. 922-923.

⁹⁴⁸ UNITED STATES OF AMERICA. *Civil Practice and Remedies Code*. Disponível em: <https://statutes.capitol.texas.gov/?link=CP>. Acesso em: 23 mai. 2023.

⁹⁴⁹ ENGLAND. *Senior Courts Act 1981*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/section/42>. Acesso em: 23 mai. 2023.

⁹⁵⁰ ENGLAND. *Civil Procedure Rules*. Disponível em:

https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part03/pd_part03c. Acesso em: 23 mai. 2023.

⁹⁵¹ SCOTLAND. *Vexatious Actions (Scotland) Act, 1898*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/61-62/35/enacted>. Acesso em: 23 mai. 2023.

Tribunal Federal (*Federal Court*) proíba a continuidade de uma ação ou o ajuizamento de demanda nova por pessoa que persistentemente tenha instituído ou conduzido procedimentos de maneira vexatória.⁹⁵²

Em Queensland, na Austrália, o *Vexatious Proceedings Act of 2005* caracteriza o procedimento vexatório a partir dos seguintes critérios cumulativos: a) o procedimento judicial é deflagrado por meio de abuso do exercício do direito de ação; b) o procedimento judicial é instaurado e conduzido com a finalidade de causar assédio, constrangimento, atraso, dano ou qualquer outro propósito injusto; c) o procedimento judicial é instaurado sem base racional.⁹⁵³

No mesmo sentido, a seção 40 (1) do *Federal Court Act* do Canadá autoriza que o *Federal Court of Appeal* ou o *Federal Court* (em tradução livre, o Tribunal Federal de Apelação ou o Tribunal Federal) proíba a continuidade de uma ação ou o ajuizamento de nova demanda por pessoa que persistentemente tenha instituído ou conduzido procedimentos de maneira vexatória.⁹⁵⁴

Em geral, percebe-se a tendência dos países de *common law* de aplicarem sanções aos advogados que atuam em casos nos quais há abuso de direito

processual, ainda que algumas normas também determinem a punição das partes litigantes. Por outro lado, as consequências envolvem principalmente a reparação de danos, com o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios da outra parte, e a proibição de litigar em juízo. No entanto, assim como no Brasil, há indícios de que as sanções são aplicadas apenas em casos extravagantes, por mais que alguns regramentos possuam critérios mais objetivos em torno da falta de fundamento do pedido ou da reiteração de condutas.

3.4 PROIBIÇÃO DA *SPLITTING OF CAUSES OF ACTION* E DO *FLOOD OR BURY IN DOCUMENTS*

Há também condutas pontuais que são proibidas em outros ordenamentos jurídicos em decorrência de abuso do direito processual. Nos EUA, cabe destacar a situação denominada de *splitting of causes of action*⁹⁵⁵, que consiste no fracionamento da mesma demanda a partir do desmembramento das suas múltiplas causas de pedir em várias ações judiciais pulverizadas. Como decorrência da teoria da coisa julgada (*res judicata*), uma única causa não

⁹⁵² CANADA. *Federal Court Act*. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/F-7/page-7.html#docCont>. Acesso em: 23 mai. 2023.

⁹⁵³ AUSTRALIA. *Vexatious Proceedings Act 2005*, Dictionary, p. 16. Disponível em: <https://www.legislation.qld.gov.au/view/pdf/info/rce/current/act-2005-044>. Acesso em: 23 mai. 2023.

⁹⁵⁴ CANADA. *Federal Court Act*. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/f-7/page-4.html#h-239616>. Acesso em: 23 mai. 2023.

⁹⁵⁵ Sobre a expressão: MCNISH, J. Hammond. Joinder and Splitting of Causes of Action in Nebraska. *Nebraska Law Review*, v. 26, nº 1, November, 1946, p. 42-68.

pode ser cindida entre várias ações judiciais, a fim de evitar a litigância sobre a mesma questão em diversos procedimentos.⁹⁵⁶

Há indicações de que o tema é tratado desde o século XIX, com decisões determinando consequências para a separação das demandas na Inglaterra e em diversos Estados dos EUA, como Texas, Oregon e Nebraska.⁹⁵⁷ Entretanto, até hoje é alvo de discussões para a adequação do comportamento aos melhores interesses da administração da Justiça.

Em países da Europa também é possível observar regra semelhante. Na Espanha, por exemplo, o art. 400 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* dispõe que não é possível reservar alegações de fatos e de fundamentos jurídicos para processo ulterior, sob pena de preclusão. Em outras palavras, quando a causa se fundar em diferentes fundamentos fáticos e jurídicos, cabe ao requerente deduzir todos eles ao tempo da propositura da primeira ação.⁹⁵⁸

Na França, a Corte de Cassação, por meio da decisão *Cesareo* de 07/07/2006, “introduziu um princípio de concentração dos fatos desde o primeiro processo, a saber, um ônus de alegar todas as causas de pedir passíveis de serem invocadas para fundamentar o pedido”. A decisão teve

como finalidade evitar a litigância repetitiva sobre as mesmas questões e prestigiar os princípios da boa-fé e da economia processuais – embora haja resistência doutrinária no sentido de que o ônus da concentração das causas de pedir na mesma ação infringe o princípio da demanda e as garantias fundamentais do contraditório e do acesso à justiça.⁹⁵⁹

No Brasil, a conexão entre ações (art. 55 do CPC), os limites objetivos da coisa julgada (art. 503 do CPC), a extensão da eficácia da coisa julgada sobre questões prejudiciais (art. 503 do CPC) e a eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508 do CPC) parecem enfrentar a questão. Não há qualquer relação com a litigância de má-fé ou outro instituto envolvendo abuso do direito processual.

Retomando a perspectiva estadunidense, a figura do *splitting of causes of action* expande a noção do *document dump* e do *bury in documents* (em tradução livre, despejo de documentos e enterrar em documentos). Por mais que as duas condutas envolvam atos de uma das partes que gerem excessivo trabalho e intimidação da parte contrária, enquanto a primeira (*document dump*) parte do ajuizamento de diversas ações procurando multiplicar os

⁹⁵⁶ CLARK, Charles E. Joinder and Splitting of Causes of Action. *Michigan Law Review*, v. 25, n. 393, 1927, p. 393.

⁹⁵⁷ George Rossman apresenta diversos casos e indica a situação do tema em diversos estados dos EUA e na Inglaterra no início do século XX. (ROSSMAN, George. Joinder of Causes of Action. *American Law Review*, v. 57, nº 4, July-August, 1923, p. 532-548).

⁹⁵⁸ ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em: 23 mai. 2023.

⁹⁵⁹ BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 2, ano 1, jul-dez, 2015, p. 137-138.

procedimentos, prazos e atos a serem produzidos, a segunda (*bury in documents*) é baseada na entrega de incontáveis documentos dentro de um mesmo procedimento, dificultando excessivamente a impugnação de cada um deles. Além disso, é comum tentar esconder um documento importante dentre centenas sem relevância, levando a parte a procurar uma *agulha no palheiro*.⁹⁶⁰

Atualmente, com a realização do procedimento de *discovery* de forma digital (*E-Discovery*), a conduta de entregar quantidade massiva de documentos também ganhou a denominação de *data dump*, já que pode ir além de documentos e envolver também dados digitais de todos os tipos, como códigos de programação, por exemplo.⁹⁶¹ Como se vê, tais condutas elevam consideravelmente o custo de estar em juízo, tentando exaurir os esforços da parte contrária por meios econômicos, e são passíveis de punição no sistema jurídico dos EUA.⁹⁶²

Nesses tipos de abusos processuais, observa-se o exagero na utilização de poderes e a falta de razoabilidade na criação de deveres de resposta da parte contrária, seja em razão de múltiplos procedimentos ou da necessidade de averiguar e impugnar

cada documento. Há claro desrespeito aos parâmetros de boa-fé processual atrelados à conduta ilícita realizada.

3.5 STRATEGIC LAWSUIT AGAINST PUBLIC PARTICIPATION (SLAPP) E CHILLING EFFECT – PROIBIÇÃO DO USO DO PROCESSO COMO FORMA DE CENSURA

Nos EUA ainda há expressa identificação de outra conduta atrelada ao abuso do direito de ação. Trata-se da utilização do processo para tentar censurar a divulgação de informações sobre pessoas públicas.

Por estarem culturalmente ligados a discussões sobre democracia e participação dos indivíduos na política, os cidadãos estadunidenses protegem com bastante afincos a liberdade de expressão. Entretanto, a divulgação de informações sobre pessoas públicas – aqui entendidas como aquelas que atuam com questões de interesse geral e possuem reputação a zelar para garantir suas atividades – pode causar severos danos à imagem de alguém. É comum que as grandes organizações ou pessoas de elevada importância tenham holofotes sobre suas ações e gerem as mais diversas manifestações sobre suas atividades.

⁹⁶⁰ Flávio Luiz Yarshell trata da questão como “prova documental volumosa”. (YARSELL, Flávio Luiz. *Prova documental volumosa: perplexidades geradas pelo document dump*. Artigo do Conjur, publicado em 20 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-20/flavio-yarshell-perplexidades-geradas-document-dump>. Acesso em: 23 mai. 2023).

⁹⁶¹ NELSON, Sharon D.; SIMEK, John W. *Data Dumps: The Bane of E-Discovery*. Artigo da

Sensei Enterprises, Inc. Disponível em: <https://senseient.com/wp-content/uploads/07-12-12-Data-Dumps.pdf>. Acesso em: 23 mai 2023.

⁹⁶² Em 2016, a Corte de Nova York condenou parte por abuso no procedimento de *discovery* (*Arbor Realty Funding, LLC v. Herrick, Feinstein LLP*, 42 N.Y.S. 3d 823 – N.Y. App. Div. 2016). Por produzir e entregar mais de 30.000 (trinta mil documentos), a parte foi condenada no pagamento de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares).

Tais pessoas públicas podem se revoltar contra críticas e notícias de suas vidas que vierem a ser divulgadas. Em razão disso, iniciam cruzadas jurídicas para punir e silenciar os responsáveis pela publicização das informações. O ajuizamento de ações que procuram censurar a participação dos cidadãos em assuntos públicos é denominado de *strategic lawsuit against public participation* – SLAPP (em tradução livre, processo judicial estratégico contra a participação pública).

A intenção – chamada de *chilling effect* (em tradução livre, efeito de esfriar ou abafar) – é suavizar, sufocar e intimidar as participações que são contrárias aos interesses da pessoa pública para não ser prejudicada publicamente, ainda que mereça.⁹⁶³ Isto é, procura-se usar o processo judicial para dificultar a publicização de informações sobre pessoas públicas, em tentativa de censura.

Cabe apontar que o objetivo do SLAPP não é necessariamente obter a procedência do pedido, mas conseguir

diminuir a força das críticas e protestos, além de desestimular outros cidadãos de agirem da mesma forma, afetando diretamente a liberdade de expressão, ainda mais por envolver questões de interesse da sociedade.⁹⁶⁴ Há clara deturpação do objetivo do processo: não há propriamente conflito a ser resolvido e a demanda acaba sendo usada como forma de garantir interesses escusos, permitindo o uso da força de pessoas públicas sobre os cidadãos.

Assim como a *vexatious litigation*, o instituto de combate ao SLAPP, chamado de Anti-SLAPP, teve origem legislativa na Califórnia em 1993.⁹⁶⁵ Ainda não há legislação federal nos EUA que trate do desincentivo ao SLAPP, por mais que existam projetos de lei já propostos nesse sentido.⁹⁶⁶

Diante disso, percebeu-se que a identificação do SLAPP pode ser feita em uma única ou em várias ações com o que é chamada de *without substantial merit* (em tradução livre, sem mérito substancial). A visualização da falta de fundamento é elemento que aproxima o SLAPP da *frivolous litigation*, muitas

⁹⁶³ TATE, Kathryn W. California's Anti-Slapp Legislation: A Summary of and Commentary on Its Operation and Scope. *Los Angeles Law Review*, nº 33, 2000, p. 801. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol33/iss3/1>. Acesso em: 14 jun 2022. No mesmo sentido: FURMAN, Joshua R. Cybersmear or Cyber-SLAPP: Analyzing Defamation Suits Against Online John Does as Strategic Lawsuits Against Public Participation. *Seattle University Law Review*, nº 25, 2001, p. 213. Disponível em: <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sulr/vol25/iss1/10/>. Acesso em: 15 jun 2022.

⁹⁶⁴ TATE, Kathryn W. California's Anti-Slapp Legislation: A Summary of and Commentary on Its Operation and Scope. *Los Angeles Law*

Review, nº 33, 2000, p. 801. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol33/iss3/1>. Acesso em: 14 jun 2022.

⁹⁶⁵ TATE, Kathryn W. California's Anti-Slapp Legislation: A Summary of and Commentary on Its Operation and Scope. *Los Angeles Law Review*, nº 33, 2000, p. 801. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol33/iss3/1>. Acesso em: 14 jun 2022.

⁹⁶⁶ Conforme informação constante do site Congresso dos EUA, a questão consta do H.R.7771 - *Citizen Participation Act of 2020*. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/7771/titles>. Acesso em: 14 jun 2022.

vezes visto como uma de suas espécies.⁹⁶⁷

Além disso, o apontamento de desrespeito à primeira emenda constitucional dos EUA, o uso de demandas com base em difamação ou reparação de danos e a baixa probabilidade de procedência do pedido são indícios de ocorrência do abuso envolvido no SLAPP.⁹⁶⁸ Atualmente, com o avanço e velocidade da *internet*, criou-se o termo Cyber-SLAPP para tentar restringir os ambientes de fala no âmbito digital.⁹⁶⁹

Assim, percebe-se que a ilegalidade mais uma vez está ligada ao direito de ação e é verificada no conteúdo das demandas propostas, seja pela falta de fundamento ou pela baixa probabilidade de procedência.

No Brasil, a questão foi apontada, sem concreta comprovação, em caso envolvendo a sociedade ThyssenKrupp Atlantic Steel Company (TKCSA), que ajuizou diversas ações em face de pesquisadores vinculados à UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro) e a Fiocruz (Fundação Oswaldo Cruz). Foram ajuizadas ações separadas

e consecutivas em face de Hermano Albuquerque de Castro, Alexandre Pessoa Dias e Monica Cristina Lima por publicarem pesquisa avaliando o impacto social, ambiental e à saúde causados pela implantação e operação da ThyssenKrupp em Santa Cruz, no Rio de Janeiro.⁹⁷⁰

É importante observar que a consequência padrão brasileira, envolvendo multas e verbas sucumbenciais, pode não ser suficiente para contenção da prática. Isso porque o custo pode ser vantajoso em face do negócio que está sendo protegido. O prejuízo financeiro pode vir a ser menor do que o prejuízo causado pelas críticas que se pretende calar. No entanto, a questão ainda é pontual no Brasil e está longe de ser especificamente delimitada como ocorre nos EUA.

3.6 IDENTIFICAÇÃO DE TÁTICAS DE GUERRILHA NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Em movimento recente, a arbitragem internacional também passou a olhar com mais cuidado para

⁹⁶⁷ WALDMAN, Thomas A. Slapp Suits: Weaknesses in First Amendment Law and in the Courts' Responses to Frivolous Litigation. *UCLA Law Review*, v. 39, nº 4, April, 1992, p. 979-1054.

⁹⁶⁸ Sobre os requisitos e características: WALDMAN, Thomas A. Slapp Suits: Weaknesses in First Amendment Law and in the Courts' Responses to Frivolous Litigation. *UCLA Law Review*, v. 39, nº 4, April, 1992, p. 983; e TATE, Kathryn W. California's Anti-Slapp Legislation: A Summary of and Commentary on Its Operation and Scope. *Los Angeles Law Review*, nº 33, 2000, p. 801. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol33/iss3/1>. Acesso em: 14 jun 2022.

⁹⁶⁹ FURMAN, Joshua R. Cybersmear or Cyber-SLAPP: Analyzing Defamation Suits Against Online John Does as Strategic Lawsuits Against Public Participation. *Seattle University Law Review*, nº 25, 2001, p. 213. Disponível em: <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sulr/vol25/iss1/10/>. Acesso em: 15 jun 2022.

⁹⁷⁰ Sobre o fato, vale a pena verificar: <http://www.abrasco.org.br/UserFiles/File/ABRASCO DIVULGA/2011/ABRASCOHAC.pdf> e <http://www.global.org.br/blog/apoie-os-servidores-publicos-processados-pela-tkcsa/>. Acessados em: 15 jun 2022.

os atos das partes envolvidas na resolução de conflitos. Isso porque está cada vez mais usual o abuso de “regras procedimentais da arbitragem para benefício próprio e com o objetivo de retardar a audiência e procrastinar, para tornar o procedimento ineficaz”.⁹⁷¹

Ao observar as diversas possibilidades de produção de atos contra a boa-fé na arbitragem, este conjunto ganhou o nome de *táticas de guerrilha*.⁹⁷² Por mais que o conceito se aproxime do abuso processual em sentido amplo, também abrange o uso indiscriminado do direito de ação como forma de obter vantagem ilícita ou prejudicar a parte contrária.

Há possibilidade de envolver até a utilização de procedimentos judiciais para afetar o procedimento arbitral. Destaca-se três condutas específicas: a obtenção de liminares anti-arbitragem, o questionamento judicial da sentença arbitral por meio de ação anulatória e a

impugnação ao cumprimento de sentença arbitral. Como forma de impedir ou postergar ao máximo os efeitos da arbitragem, uma das partes pode procurar obter intervenção do Poder Judiciário de forma indevida. Em ambos os casos, é a falta de fundamentação relevante que caracteriza o abuso do direito de ação que afeta as arbitragens.⁹⁷³

Além disso, em pesquisa por questionário realizada por Edna Sussman e Solomon Eberé,⁹⁷⁴ foram identificados como principais atos condenáveis pelos participantes: *lack of respect or courtesy towards tribunal and opposing counsel* (em tradução livre, a falta de respeito perante o tribunal ou advogado), *last-minute surprise* (em tradução livre, surpresa de última hora), *frustrating an orderly and fair hearing* (em tradução livre, frustrar a organização e o andamento correto da audiência) e o

⁹⁷¹ HWANG, Michael S.C. *Why is there still resistance to arbitration in Asia?* Disponível em: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012232972346990why_is_there_still_resistance_to_arbitration_in_asia.pdf. Acesso em: 17 jun 2022.

⁹⁷² COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. *Revista brasileira da advocacia*, São Paulo, v. 2, n. 5, abr./jun., 2017, p. 35-55. As palavras utilizadas para nomear o instituto (*táticas* e *guerrilha*) vão no sentido do afirmado por Fredie Didier: “até na guerra a proteção da boa-fé objetiva se impõe”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio da Boa-fé Processual no Direito Processual Brasileiro e seu Fundamento Constitucional. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 70, out-dez, 2018, p. 181. O mesmo ponto é indicado no texto de Edna Sussman e Solomon Eberé (SUSSMAN, Edna; EBERÉ, Solomon. All’s fair in love and war – or is it?

Reflections on ethical standards for counsel in international arbitration. *The American Review of International Arbitration*, v. 22, nº 4, 2011. Disponível em: <https://sussmanadr.com/docs/COounsel%20ethics%20Columbia%20ARIA%206-2012.pdf>. Acesso em: 17 jun 2022).

⁹⁷³ MENEZES, Caio Campello de. Como barrar as táticas de guerrilha em arbitragens internacionais? *Revista Brasileira de Arbitragem*. Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & IOB. Kluwer Law International 2015, v. XII, 45, p. 86 - 87.

⁹⁷⁴ SUSSMAN, Edna; EBERÉ, Solomon. All’s fair in love and war – or is it? Reflections on ethical standards for counsel in international arbitration. *The American Review of International Arbitration*, v. 22, nº 4, 2011. Disponível em: <https://sussmanadr.com/docs/COounsel%20ethics%20Columbia%20ARIA%206-2012.pdf>. Acesso em: 17 jun 2022.

abuso do procedimento do *discovery* ou da produção de prova documental.

As medidas de controle, no entanto, não ultrapassam o próprio procedimento arbitral, permanecendo em suas clássicas formas de multas (litigância de má-fé ou abuso do direito processual em geral), alocação de custas ou preclusões e inferências. Além disso, como não foi observada sistematização sólida do instituto, não foi possível analisar eventual indicação de requisitos ou contornos para sua constatação. Trata-se ainda de impressão geral dos profissionais que tem gerado o impulso de repressão. Por fim, ainda não se tem notícia de demanda indenizatória em razão das *táticas de guerrilha* na arbitragem internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o combate ao abuso do direito de ação é promovido nos mais diversos ordenamentos jurídicos e de forma diferente conforme a localidade, o objetivo do ato e as partes e os procedimentos envolvidos. De forma geral, percebe-se a necessidade de efetivo comportamento estatal para obstar as condutas abusivas.

No Brasil, o STJ delimitou o instituto do assédio processual expandindo as figuras de combate à violação da boa-fé processual. Enquanto isso, em outros ordenamentos jurídicos podem ser identificadas outras modalidades de proibição de comportamentos abusivos e que alteram a função do direito de ação.

Percebe-se que a delimitação da conduta de assédio processual segue

algumas balizas já existentes em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Portanto, é necessário continuar buscando a identificação de condutas abusivas para a formação de um sistema jurídico brasileiro de contenção de ilícitos processuais envolvendo as diversas formas de violação à boa-fé processual e de abuso do direito de ação.

REFERÊNCIAS

- BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 2, ano 1, jul-dez, 2015.
- CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5. ed., Paris: LexisNexis, 2006.
- CALL, Keith A. Can We Define Frivolous. *Utah Bar Journal*, v. 32, nº 6, November/December, 2019.
- CLARK, Charles E. Joinder and Splitting of Causes of Action. *Michigan Law Review*, v. 25, n. 393, 1927.
- COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. *Revista brasileira da advocacia*, São Paulo, v. 2, n. 5, abr./jun., 2017.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto). *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: UFMG, v. 2, n. 2, p. 270-272, 307, 317-321, mar./1998.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del 'giusto processo'*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

- DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2004.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio da Boa-fé Processual no Direito Processual Brasileiro e seu Fundamento Constitucional. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 70, outubro, 2018.
- DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. *Ética e comportamento das partes no novo processo civil brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- FERNANDES, Almir Garcia. *Sham litigation: uso abusivo do direito de petição na propriedade intelectual e no direito da concorrência*. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*, v. 5, n. 1, Goiânia, p. 65-68, jan./jun. 2019.
- FURMAN, Joshua R. Cybersmear or Cyber-SLAPP: Analyzing Defamation Suits Against Online John Does as Strategic Lawsuits Against Public Participation. *Seattle University Law Review*, nº 25, 2001, p. 213. Disponível em: <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sulr/vol25/iss1/10/>. Acesso em: 15 jun 2022.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, Abuso do Processo e Resistência às Ordens Judiciais: O Contempt Of Court. *Revista de Processo*, São Paulo. v. 102, abr-jun, 2001.
- GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. *Procédure Civile – Droit Interne e Droit Communautaire*. 29. ed., Paris: Dalloz, 2008.
- HWANG, Michael S.C. *Why is there still resistance to arbitration in Asia?* Disponível em: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012232972346990why_is_there_still_resistance_to_arbitration_in_asia.pdf. Acesso em: 17 jun 2022.
- HUDGINS, Paul L. Vexatious and Frivolous Lawsuits: Attorney Sanctions in Michigan. *Thomas M. Cooley Law Review*, v. 8, nº 3, 1991.
- LAGO JÚNIOR, Antônio. A operatividade da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BRAGA, Paula Sarno; e LAGO JÚNIOR, Antônio (coord.). *Ética e boa-fé no direito*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- LEVINE, Samuel J. Seeking a Common Language for the Application of Rule 11 Sanctions: What is Frivolous. *Nebraska Law Review*, v. 78, nº 3, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MCNISH, J. Hammond. Joinder and Splitting of Causes of Action in Nebraska. *Nebraska Law Review*, v. 26, nº 1, November, 1946.
- MENEZES, Caio Campello de. Como barrar as táticas de guerrilha em

- arbitragens internacionais? *Revista Brasileira de Arbitragem*. Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & IOB. Kluwer Law International 2015, v. XII, 45.
- NELSON, Sharon D.; SIMEK, John W. *Data Dumps: The Bane of E-Discovery*. Artigo da Sensei Enterprises, Inc. Disponível em: <https://senseient.com/wp-content/uploads/07-12-12-Data-Dumps.pdf>. Acesso em: 14 jun 2022.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Baiana de Direito: direitos fundamentais*, Salvador, n. 1, jan./jun. 2008.
- RENZETTI, Bruno Polonio. *Sham litigation: origens, (in)definições e recepção no direito concorrencial brasileiro*. 2015. 98 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.
- ROSSMAN, George. Joinder of Causes of Action. *American Law Review*, v. 57, nº 4, July-August, 1923.
- SCHILLER, Erin; e WERTKIN, Jeffrey A. Frivolous Filings and Vexatious Litigation. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, v. 14, nº 4, Summer, 2001.
- SILVA, Lucia Helena Salgado e; ZUCOLOTO, Graziela Ferrero; BARBOSA, Denis Borges de. Litigância predatória no Brasil. *Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais, de Inovação, Regulação e Infraestrutura, n. 22, Brasília: Ipea, nov. 2012.
- SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SUSSMAN, Edna; EBERE, Solomon. All's fair in love and war – or is it? Reflections on ethical standards for counsel in international arbitration. *The American Review of International Arbitration*, v. 22, nº 4, 2011. Disponível em: <https://sussmanadr.com/docs/Counsel%20ethics%20Columbia%20ARIA%206-2012.pdf>. Acesso em: 17 jun 2022.
- TATE, Kathryn W. California's Anti-Slapp Legislation: A Summary of and Commentary on Its Operation and Scope. *Los Angeles Law Review*, nº 33, 2000, p. 801. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol33/iss3/1>. Acesso em: 14 jun 2022.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020.
- VAZ, Paulo Afonso Brum. O contempt of court no novo processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 118, nov-dez, 2004.
- VINHAS, Tiago Cação. *Sham litigation: do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais*. 2014. 228 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- WADE, John W. *On frivolous litigation: a study of tort liability and procedural sanctions*. *Hofstra Law Review*, v. 14, n. 3, Spring 1986.

- WALDMAN, Thomas A. Slapp Suits: Weaknesses in First Amendment Law and in the Courts' Responses to Frivolous Litigation. *UCLA Law Review*, v. 39, nº 4, April, 1992.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Prova documental volumosa: perplexidades geradas pelo document dump*. Artigo do Conjur, publicado em 20 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-20/flavio-yarshell-perplexidades-geradas-document-dump>. Acesso em: 13 jun 2022.
- ZIELINSKI, Richard M. Vexatious Litigation: A Vexing Problem. *Boston Bar Journal*, v. 56, nº 4, Fall, 2012.

CONTRIBUIÇÕES DE MODELOS PROCESSUAIS PENAIS LATINO-AMERICANOS REFORMADOS PARA (RE)PENSAR A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO BRASIL⁹⁷⁵

CONTRIBUTIONS OF LATIN AMERICAN REFORMED CRIMINAL PROCEDURE MODELS TO RETHINK THE CHAIN OF CUSTODY OF THE EVIDENCE IN BRAZIL

Marco Aurélio Nunes da Silveira

Doutor em Direito (UFPR). Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Paraná (UFPR), Brasil. Professor de Direito Processual Penal e Criminologia da mesma universidade. Professor Titular do *Doctorado Internacional en Ciencias Penales* da *Universidad San Carlos de Guatemala*. Presidente Fundador do Observatório da Mentalidade Inquisitória, Brasil (Gestão 2016-2020). Curitiba/PR, Brasil. E-mail: marconunes@ufpr.br

Gabriel Rodrigues de Carvalho

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Curitiba (2015). Advogado criminalista. Curitiba/PR, Brasil. E-mail: gabrielr.carvalho@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo analisa a cadeia de custódia da prova penal e seus principais elementos, considerando a sua inserção no Código de Processo Penal brasileiro pela Lei nº 13.964/2019, bem como os principais pontos do atual entendimento jurisprudencial acerca do tema (notadamente pela análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça). Então, o resultado dessa análise é confrontado com o referido instituto tal qual se encontra na experiência processual penal latino-americana, em especial dos países que empreenderam verdadeiras refundações de suas legislações processuais, por meio da

substituição de modelos inquisitivos – de herança europeia e disseminados durante a fase autoritária da história regional – por sistemas processuais penais acusatórios (adversariais) e baseados em plena oralidade. Tal confrontação é operada a partir da premissa de que tais modelos se mostram mais próximos das bases constitucionais e convencionais que regem, (ou deveriam reger), também, o processo penal brasileiro, e visa a possibilitar uma reflexão crítica a respeito da cadeia de guarda da prova penal no país, postulando-se que o processo penal pátrio a enxergue como um filtro probatório a ser adotado com o

⁹⁷⁵ Artigo recebido em 29/07/2023 e aprovado em 12/06/2024.

fim de resguardar a instrução e o julgamento de mérito, mas não só. A presente proposta intenta, ainda, provocar uma análise crítica do processo penal, de maneira geral, que seja capaz de inspirar a adoção de uma postura acusatória em relação à prova penal, propiciando um ambiente jurídico-cultural adequado não apenas ao desenvolvimento da cadeia de custódia da prova em conformidade com sua essência, mas também reforçando a importância da implementação de um sistema processual penal democrático. Nesse sentido, um olhar voltado à experiência latino-americana convida para uma abordagem mais ampla em relação ao tema, no sentido de se adotar, de forma efetiva, uma etapa intermediária como controle probatório prévio, na qual a cadeia de custódia surgiria como um dos elementos a garantir que o futuro juízo de mérito ocorra de maneira adequada à Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal; cadeia de custódia; prova; processo latino-americano; processo acusatório.

ABSTRACT: This article analyzes the chain of custody of criminal evidence and its main elements, considering its recent insertion in the Brazilian Code of Criminal Procedure, as well as the main points of the current jurisprudential understanding on the subject (notably through the analysis of judgments of the *Superior Tribunal de Justiça*). Then, the result of this analysis is confronted with the aforementioned institute as it is in the Latin American criminal procedural experience, especially in countries that

have undertaken real refoundations of their criminal justice legislation, through the replacement of inquisitive models – of European heritage and disseminated during the authoritarian phase of regional history – by accusatory (adversarial) models, based on full orality. Such a confrontation is operated from the premise that such models are closer to the constitutional and conventional bases that govern (or should govern), also, the Brazilian criminal procedure, and aims to enable a critical reflection regarding the chain of custody of the criminal evidence, postulating that the national criminal procedure sees it as a probative filter to be adopted in order to safeguard the instruction and the judgment of merit, but not only. This proposal also intends to provoke a critical analysis of the criminal procedure, in general, capable of inspiring the adoption of an accusatory posture regarding the criminal evidence and reinforcing the importance of implementing a democratic criminal procedural system. In this sense, a look at the Latin American experience invites a broader approach to the topic, in the sense of effectively adopting an intermediate stage as prior evidentiary control, in which the chain of custody would emerge as one of the elements directed to ensure that the future judgment on the merits occurs in a manner appropriate to the Constitution.

KEYWORDS: Criminal procedure; chain of custody; evidence; Latin American procedure; accusatorial procedure.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o fim de apresentar a cadeia de custódia da prova e seus principais elementos, dentro do atual processo penal brasileiro, para, então, confrontar esses elementos com outros extraídos da experiência latino-americana.

Para tanto, parte-se da conceituação doutrinária que entende que a cadeia de custódia é “um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória”⁹⁷⁶.

Após, serão feitas breves considerações, a respeito do instituto, em dois momentos: antes e depois de sua inserção no texto expresso do Código de Processo Penal brasileiro. Isto possibilitará, em seguida, a apresentação, também de forma resumida, da recepção dessa inovação legislativa pela jurisprudência nacional, a partir de recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, do ponto de vista metodológico, operou-se uma sucinta incursão em algumas legislações latino-americanas e suas previsões atinentes à cadeia de custódia da prova, permitindo a confrontação proposta, com a finalidade de extrair lições de algumas dessas experiências vizinhas para a

aplicação da recente previsão legal acerca da cadeia de guarda da prova no processo penal brasileiro.

1. O ESTÁGIO ATUAL DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Visando a apresentar, de forma resumida, o estágio em que se encontra o instituto da cadeia de custódia da prova no direito processual penal brasileiro, é preciso, antes, revisitar um momento anterior à sua inserção no texto legal do Código de Processo Penal, fato que se deu apenas recentemente, com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

Antes dessa inovação legislativa, contudo, havia discreta contribuição doutrinária a respeito do tema, destacadamente por parte de Geraldo Prado, que, em 2014, escreveu sobre a questão com base, dentre outras, em parecer técnico que veio a ser “apreciado por ocasião do julgamento do HC 160.662-RJ, pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça”⁹⁷⁷.

O referido julgado é usualmente citado como paradigmático sobre a cadeia de custódia da prova penal, eis que, nas palavras de Prado, a Corte Superior teria acolhido a tese da quebra da cadeia de custódia de forma inovadora⁹⁷⁸.

Tão pouco o contato da jurisprudência pátria com o tema até

⁹⁷⁶ PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 204.

⁹⁷⁷ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: A quebra da cadeia de*

custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 12.

⁹⁷⁸ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 12.

aquele momento, que a própria decisão acima mencionada aborda a cadeia de custódia de forma sucinta. Tanto é verdade que, para Gustavo Badaró, o citado julgamento sequer teria declarado “que tal ilicitude decorreu de uma quebra ou violação da cadeia de custódia, apenas e genericamente do direito à prova”⁹⁷⁹.

De qualquer forma, foi uma das poucas decisões proferidas pela Corte Superior a respeito do tema, sendo constantemente referenciada quando dos estudos sobre a temática no processo penal brasileiro.

Assim, o tema costumava ser mais comumente enfrentado no âmbito pericial, sendo tratado em manuais e orientações destinados à esfera administrativa da segurança pública. Vale ressaltar, nesse sentido, que a Secretaria Nacional de Segurança Pública editou a Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, estabelecendo “as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios”⁹⁸⁰.

Logo em seguida, por meio da Portaria nº 89, de 28 de julho de 2014, o mesmo órgão instituiu um “processo de

seleção de propostas para desenvolvimento de ações relacionadas à estruturação e fortalecimento de Centrais de Custódia e a institucionalização de cadeia de custódia de vestígios nas unidades de perícia oficial dos Estados e do Distrito Federal”.⁹⁸¹ A partir de então, surgiram novas normativas internas nos âmbitos estaduais,

Tais normativas de natureza estritamente administrativa, porém, pouco ou nada atingiram a atuação jurisprudencial – ou mesmo doutrinária – acerca do tema. Essa situação se alterou apenas quando a cadeia de custódia figurou em proposta legislativa que viria a ganhar contornos midiáticos.

1.1 A INSERÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em 2017, foi criada pelo então Presidente da Câmara dos Deputados uma comissão de juristas presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, cujos trabalhos resultaram em dois projetos de Lei (de números 10.372/2018 e 10.373/2018)

⁹⁷⁹ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo e LIPES, Anderson Bezerra (orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 532.

⁹⁸⁰ BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria n. 82, de 16 de julho de 2014. Estabelece as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 de julho de 2014. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=18/07/2014&jornal=1&pagina>

=42&totalArquivos=124. Acesso em 15 mar. 2023.

⁹⁸¹ BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria n. 89, de 28 de julho de 2014. Institui processo de seleção de propostas para pactuação de convênios relacionados ao fortalecimento das atividades de perícia criminal oficial dos Estados e do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 de julho de 2014. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=29/07/2014&jornal=1&pagina=46&totalArquivos=104>. Acesso em 15 mar. 2023.

que vieram a tramitar em conjunto com outra proposta legislativa, essa apresentada pelo Poder Executivo⁹⁸².

Unificadas, as propostas receberam a alcunha de “Pacote Anticrime” (como se tornou popular nos veículos da mídia), e resultaram na Lei n. 13.964/2019, que alterou dezoito diferentes leis penais e processuais penais do ordenamento brasileiro⁹⁸³.

Do trabalho da comissão de juristas criada em 2017, a proposta de inserir no corpo do Código de Processo Penal uma previsão expressa a respeito da cadeia de custódia da prova penal sobreviveu intacta ao conturbado e midiático processo legislativo⁹⁸⁴. Sua redação reproduziu em grande parte as previsões da mencionada Portaria nº 82, editada em 2014 pela Secretaria Nacional de Segurança Pública, dentre elas a conceituação, que passou a constar no artigo 158-A do Código de Processo Penal brasileiro da seguinte forma:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história

cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

Em seguida, passou a legislação processual a prever, também, que a cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio (Art. 158-B) em dez etapas, quais sejam: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte⁹⁸⁵.

⁹⁸² FABRETTI, H. B.; SMANIO, G. P. *Comentários ao Pacote Anticrime*. São Paulo: Atlas, 2020, p. 2. Afirmando os autores que: “O Projeto apresentado pelo Ministério da Justiça cumpria parte das promessas da plataforma de campanha do Presidente Jair Bolsonaro, que nomeara como Ministro da Justiça o ex-juiz Sérgio Moro. Quando formalmente apresentado à Câmara dos Deputados, foi registrado sob o número PEL 882/2019.”

⁹⁸³ FABRETTI, H. B.; SMANIO, G. P. *Comentários ao Pacote Anticrime*. São Paulo: Atlas, 2020, p. 4.

⁹⁸⁴ As propostas legislativas reunidas foram objeto de discussão por parte de um Grupo de

Trabalho constituído por 15 Deputadas e Deputados que funcionou por 230 dias e ouviu mais de 50 especialistas, seguido de “muita polêmica e discussão política” que antecedeu uma aprovação “com 408 votos a favor, 9 contrários e 2 abstenções”. Cf.: FABRETTI, H. B.; SMANIO, G. P. *Comentários ao Pacote Anticrime*. São Paulo: Atlas, 2020, p. 2 e 3.

⁹⁸⁵ Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o

Nos artigos seguintes, foram inseridas previsões sobre a coleta dos vestígios (art. 158-C), sobre o recipiente para acondicionamento dos vestígios (art. 158-D), e a criação de centrais de custódia para a guarda e controle dos vestígios (art. 158-E e 158-F).

Porém, lamentavelmente, tais inovações legislativas não contemplaram, de forma expressa, as consequências de eventual inobservância do novo regramento, fato que deflagrou debate doutrinário e jurisprudencial, ainda pendente de solução.

Essa questão, assim, começou a ser fomentada no âmbito do judiciário brasileiro e, já no ano seguinte à entrada

em vigor dos novos dispositivos legais, foi objeto de decisões do Superior Tribunal de Justiça, dentre as quais algumas merecem destaque.

1.2 A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Em 6 de dezembro de 2021, o Superior Tribunal de Justiça divulgou o Informativo de Jurisprudência nº 720⁹⁸⁶, no qual se deu destaque a decisão relevante a respeito da cadeia de custódia da prova penal, proferida no HC n. 653.515-RJ⁹⁸⁷, julgado pela Sexta Turma, em 23 de novembro de 2021.

ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia

judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

⁹⁸⁶ Disponível em: <
<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaeducacao&livre=%270720%27.cod.>>. Acesso em 15 mar. 2023.

⁹⁸⁷ Superior Tribunal de Justiça, 6.^a Turma, rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, HC n.º 653.515/RJ, DJ 01.02.2022, j. 23.11.2022.

Em síntese, a decisão abordou caso de suposto tráfico de drogas, cuja perícia realizada nas substâncias apreendidas atestou expressamente que as amostras foram entregues ao perito sem os lacres de acondicionamento adequados.

O voto vencedor julgou como inadmissível “que um material acondicionado em frágil saco plástico incolor, fechado por nó, atenda à exigência do art. 158-D, § 1º, do CPP”. O destaque, porém, ficou por conta da manifestação do Ministro Rogério Schietti Cruz, que expressamente tratou do que chamou de “controvérsia” a respeito das consequências da quebra da cadeia de custódia da prova, concluindo o seguinte:

Com a mais respeitosa vênua àqueles que defendem a tese de que a violação da cadeia de custódia implica, de plano e por si só, a inadmissibilidade ou a nulidade da prova, de modo a atrair as regras de exclusão da prova ilícita, parece-me mais adequada aquela posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido.

Posteriormente, a Quinta Turma do STJ proferiu decisão mais incisiva sobre o tema, mas agora abordando a (fragilidade da) prova digital, como se verifica no seguinte trecho da Ementa do AgRg no RHC n. 143169/RJ⁹⁸⁸:

[...] 7. No caso dos autos, a polícia não documentou nenhum dos atos por ela praticados na arrecadação, armazenamento e análise dos computadores apreendidos durante o inquérito, nem se preocupou em apresentar garantias de que seu conteúdo permaneceu íntegro enquanto esteve sob a custódia policial. Como consequência, não há como assegurar que os dados informáticos periciados são íntegros e idênticos aos que existiam nos computadores do réu. 8. Pela quebra da cadeia de custódia, são inadmissíveis as provas extraídas dos computadores do acusado, bem como as provas delas derivadas, em aplicação analógica do art. 157, § 1º, do CPP.

Curioso observar, porém, que se fez constar em tal decisão que o entendimento nela desenvolvido não seria contrário ao precedente “firmado pela Sexta Turma no julgamento do HC 653.515/RJ”, acima mencionado, o que contou com a seguinte justificativa, cuja transcrição se faz necessária:

⁹⁸⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 5.ª Turma, rel. Ministro Ribeiro Dantas, AgRg no RHC 143169/RJ, DJ 02.03.2023, j. em 07.02.2023.

De fato, permanece a conclusão de que a eventual inobservância de alguma das regras dos arts. 158-A a 158-F do CPP (inclusive inaplicáveis ao caso dos autos, tendo em vista o princípio tempus regit actum, como visto acima) não gera, por si só, a inadmissibilidade da prova ou a absolvição do réu - como explicado pelo precedente acima indicado. Cabe ao juiz avaliar se os demais elementos dos autos são capazes de assegurar que a prova é confiável, sendo ônus da acusação apresentá-los. Apenas concluo que, no caso dos autos, não há nada que garanta a idoneidade das provas produzidas pela polícia, tendo em vista a completa ausência de documentação dos atos por ela praticados no manuseio dos computadores apreendidos na residência do réu. Nenhum outro elemento foi produzido pelo Ministério Público para comprovar que o corpo de delito permaneceu inalterado enquanto submetido à custódia policial; nada há que demonstre ser o material supostamente extraído dos computadores o mesmo que neles constava quando do cumprimento da busca e apreensão, e nem há uma forma objetiva de agora fazê-lo, já que a polícia não atentou para os

procedimentos técnicos aplicáveis.

Em outras palavras, não é a simples violação de alguma regra protocolar que fundamenta a declaração de inadmissibilidade das provas neste caso, mas sim a constatação de que a acusação e a polícia não tiveram nenhum cuidado com a documentação de seus atos no tratamento da prova, nem apresentaram nenhuma outra prova que garantisse a integridade do corpo de delito submetido à perícia. Nesse cenário, a quebra da cadeia de custódia, com gravíssimo prejuízo à confiabilidade da prova manuseada sem o menor profissionalismo pela polícia, parece-me evidente.

As decisões mais recentes da Corte responsável pela uniformização da jurisprudência nacional, portanto, parecem demonstrar que o processo penal brasileiro terá, na atuação jurisdicional, uma considerável resistência à tese de inadmissibilidade probatória decorrente da quebra da cadeia de custódia.

Com isso, caminha-se no sentido de confiar ao julgador (e seu livre convencimento⁹⁸⁹) a função de valorar, casuisticamente, eventual desrespeito à cadeia de guarda da prova e decidir sobre as consequências concretas.

⁹⁸⁹ O CPP, após a reforma de 2008, prevê expressamente em seu artigo 155 que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não

podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

Diante disso, para seguir fomentando o debate, propõe-se, aqui, um olhar para a experiência latino-americana, com o fim de buscar visões diferentes que possam contribuir para a análise do estado atual da cadeia de custódia da prova penal no cenário brasileiro.

Nesse contexto, importa ressaltar que os países hispanoparlantes das Américas, nos últimos 40 anos, sobretudo no contexto da redemocratização, empreenderam verdadeiras refundações⁹⁹⁰ de suas legislações processuais, por meio da substituição dos tradicionais modelos inquisitivos – herdados da colonização europeia, que floresceram durante a fase autoritária da história política latino-americana – por sistemas processuais penais acusatórios (adversariais), fundados na oralidade plena.

Considerando que tais modelos processuais penais se aproximam muito mais das bases constitucionais e convencionais que deveriam reger, também, o processo penal brasileiro, o olhar para a América Latina é indispensável para a reflexão crítica sobre a justiça criminal pátria, de maneira geral, não apenas em relação à cadeia de custódia da prova.

⁹⁹⁰ No sentido dado por Fauzi Hassan Choukr, para quem refundação e reforma do processo penal não são expressões sinônimas. Refundação, mais do que a mera atualização do Código de Processo Penal, significa a realização de verdadeiro câmbio paradigmático, que substitua as atuais bases estruturantes do processo penal, ainda escritas e oficiosas, por um modelo calcado na oralidade efetiva, na rígida separação entre as fases de investigação e do processo (sistema de duplo juiz), no

Ademais, vale lembrar que, apesar das grandes diferenças, em vários aspectos, encontradas entre os países latino-americanos, é fato que sua estrutura econômica, social e política, em geral, é mais próxima da brasileira do que aquela que se verifica na Europa, o que pode tornar as soluções encontradas na região mais adequadas à almejada refundação do processo penal brasileiro.

2. UM BREVE OLHAR PARA A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL NA AMÉRICA LATINA

Segundo Emma Calderón Arias, a maioria dos códigos latino-americanos não enfrentam expressamente a questão da cadeia de custódia da prova por conta de uma influência em comum:

Esta especie de uniformidad en la práctica legislativa de América Latina, sin lugar a dudas, tiene su génesis en la influencia del Código procesal penal modelo para Iberoamérica, en el que, parcamente, se pueden encontrar particularidades de la cadena de custodia de los elementos de prueba, no así una definición o un desarrollo propio y eficiente sobre este procedimiento

protagonismo das partes e na imparcialidade jurisdicional (CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências inquisitivas e refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; PAULA, Leonardo Costa de (organizadores). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. V. 1-2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 303 e ss.)

(Código procesal modelo para Iberoamérica, 1989).⁹⁹¹

Assim como o Brasil⁹⁹², a maioria dos demais países latino-americanos apresentam previsões genéricas a respeito da prova pericial, que podem ser associadas ao cuidado com a cadeia de guarda dos vestígios, mas que não a mencionam expressamente. Essa foi a conclusão de Calderón Arias quanto aos ordenamentos da Argentina, Bolívia, Paraguai, Costa Rica, Chile, El Salvador e República Dominicana.⁹⁹³

De igual forma ocorre nos países da Guatemala, Equador e Venezuela, nos quais, porém, a autora identificou a existência de regramentos extralegais a respeito do tema, quais sejam, o “Manual de recolección de evidencias del Instituto nacional de Ciencias Forenses de Guatemala”, o “Manual de cadena de custodia de la Policía nacional de Ecuador”, que estabelece um conceito de cadeia de custódia, além do “Manual único de procedimientos en materia de cadena de custodia de evidencias físicas”

venezuelano, situação semelhante à brasileira entre 2014 e 2019.⁹⁹⁴

Para os fins do presente estudo, destacam-se as análises feitas pela autora, que tornam possível associar a cadeia de custódia da prova com uma essência acusatória do processo penal de determinados países. É o caso, inicialmente, de Honduras:

*Honduras, en su Código de Procedimiento Penal, designa en la figura del Juez de instrucción (art. 182) la práctica de todas las diligencias conducentes a la investigación del delito, así como la recolección de las pruebas que coadyuven a su esclarecimiento para evitar que desaparezcan o sean ocultadas por los autores y partícipes, fuera de este particular, si bien establece la obligación de que las pruebas que sean presentadas en el juicio sean legítimas, es decir, que sean realmente las que en su día fueron halladas en la escena del crimen y no se encontró regulación sobre este tema específico.*⁹⁹⁵

⁹⁹¹ CALDERÓN ARIAS, E. Un estudio comparado en Latinoamérica sobre la cadena de custodia de las evidencias en el proceso penal. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 44, n. 121, Medellín: 2014, p. 425–459, p. 429.

⁹⁹² Nesse sentido, Geraldo Prado defendia que o fundamento legal da cadeia de custódia da prova residiria na própria previsão processual penal a respeito do exame de corpo de delito, anterior às alterações de 2019: “[...] quando o artigo 158 do CPP assinala que “[quando] a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”, o pressuposto é de que o exame será realizado sobre os vestígios, garantida a sua autenticidade e integridade.” In: PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova*

no processo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 166.

⁹⁹³ CALDERÓN ARIAS, E. Un estudio comparado en Latinoamérica sobre la cadena de custodia de las evidencias en el proceso penal. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 44, n. 121, Medellín: 2014, p. 425–459, p. 431–439.

⁹⁹⁴ CALDERÓN ARIAS, E. Un estudio comparado en Latinoamérica sobre la cadena de custodia de las evidencias en el proceso penal. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 44, n. 121, Medellín: 2014, p. 425–459, p. 442–451.

⁹⁹⁵ CALDERÓN ARIAS, E. Un estudio comparado en Latinoamérica sobre la cadena de custodia de las evidencias en el proceso penal. *Revista*

Veja-se que, apesar de inexistir uma previsão legal específica com uma conceituação expressa a respeito da cadeia de custódia da prova, constatou-se uma estrutura que estabelece uma autoridade responsável pela investigação e a ela atribui o dever de assegurar, num momento prévio ao juízo de mérito, a legitimidade das provas apresentadas. Algo semelhante foi constatado pela autora no ordenamento da Nicarágua:

Por su parte, la Ley No. 406, Código procesal penal de la República de Nicaragua, no recoge en su articulado explícitamente contenido alguno relacionado con la cadena de custodia de los elementos de prueba en el proceso penal. Sin embargo, en su artículo 115 del capítulo VII, referido a las funciones del Instituto de Medicina Legal y los médicos forenses, especial referencia al apartado 5, establece la obligación que le viene impuesta a dicha institución de velar por la seguridad de los medios de pruebas objetos de estudio. Entre este artículo y el 191 existe una estrecha relación por cuanto la necesidad exigida de que las pruebas que se presenten en el acto del juicio oral frente al Tribunal han de ser lícitas y obtenidas

*conforme a las disposiciones preestablecidas por este Código.*⁹⁹⁶

Destaca-se também a análise do Código de Processo Penal do Peru, nas palavras da autora:

*El Decreto Legislativo N° 957 fue el encargado de traer al mundo jurídico del Estado peruano el nuevo Código procesal penal que regiría para esta nación. El Artículo 4 del Título preliminar impone la carga de la prueba al Ministerio Fiscal, y no se estableció explícitamente la obligación de custodiar la conservación de las evidencias recogidas en la escena del delito y viene, impuesto por la ley, la obligación de garantizar la veracidad de los mismos y adoptar para ello las medidas necesarias. En el mismo, si bien no cabe posibilidad alguna de apreciar la existencia material de la cadena de custodia de los elementos de prueba, sí es posible inferir su presencia en la práctica jurídica.*⁹⁹⁷

No México, segundo Calderón Arias, a tradicionalmente, a legislação processual penal previa não mais do que regras genéricas de diligências investigatórias⁹⁹⁸. À época da análise da autora, o processo penal mexicano já

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 44, n. 121, Medellín: 2014, p. 425–459, p. 438.

⁹⁹⁶ CALDERÓN ARIAS, E. Un estudio comparado en Latinoamérica sobre la cadena de custodia de las evidencias en el proceso penal. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 44, n. 121, Medellín: 2014, p. 425–459, p. 446–447.

⁹⁹⁷ CALDERÓN ARIAS, E. Un estudio comparado en Latinoamérica sobre la cadena de custodia de las evidencias en el proceso penal. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 44, n. 121, Medellín: 2014, p. 425–459, p. 448–449.

⁹⁹⁸ CALDERÓN ARIAS, E. Un estudio comparado en Latinoamérica sobre la cadena de custodia de las evidencias en el proceso penal. *Revista*

vinha sendo analisado a partir da reforma legislativa que alterou profundamente o sistema processual daquele país, concretizada por uma significativa alteração do texto constitucional em 2008:

El 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de seguridad y justicia, a través del cual, se estableció un Sistema de Justicia Penal Acusatorio y Oral, la cual cambio la forma de impartir justicia en México, y con ello también la forma de recolección y ofrecimiento de prueba en casos de delitos, ahora, la parte encargada de soportar la carga probatoria que tiene como finalidad esclarecer los hechos controvertidos y dar los medios necesarios para establecer la verdad y adjudicar o deslindar

*responsabilidades, según sea el caso, es la Cadena de Custodia la cual no solo se encargara de aportar los medios de prueba necesario para ello sino también de garantizar su idoneidad y veracidad para ser establecidos como tales.*⁹⁹⁹

Tem-se, pois, que tal reforma visava a fortalecer a apuração de delitos e, também, os princípios que a regem, considerando a não rara utilização de atos invasivos aos cidadãos¹⁰⁰⁰. Nessa toada, passou-se a adotar um protocolo de cadeia de custódia que seria “de estricto cumplimiento por todos los implicados en la investigación y esclarecimiento de hechos con carácter de delito”¹⁰⁰¹.

Posteriormente, em 2014, instituiu-se o Código Nacional de Procedimientos Penales, que passou a prever (e conceituar) a cadeia de custódia da prova em seus artigos 227 e 228¹⁰⁰². Tais previsões teriam o objetivo de

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 44, n. 121, Medellín: 2014, p. 425–459, p. 445–446.

⁹⁹⁹ SILVAN RODRÍGUEZ, Víctor Hugo; MÉNDEZ PAZ, Lenin. Cadena de custodia, su repercusión e importancia en el sistema de justicia penal oral acusatorio. *Revista Ecos Sociales*, ano 8, n. 24, 2020, pp. 1311– 1321, p. 1312.

¹⁰⁰⁰ LUCCARDI, Mauro Iván. Cadena de custodia. *Repositorio Institucional Universidad Siglo 21*, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/16171>>. Acesso em 19 mar. 2023.

¹⁰⁰¹ CALDERÓN ARIAS, E. Un estudio comparado en Latinoamérica sobre la cadena de custodia de las evidencias en el proceso penal. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol.

44, n. 121, Medellín: 2014, pp. 425–459, p. 445–446.

¹⁰⁰² “Artículo 227. Cadena de custodia

La cadena de custodia es el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión.

Con el fin de corroborar los elementos materiales probatorios y la evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque y traslado; lugares y fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado; igualmente se

*evitar se contaminen o alteren y produzcan resultados no deseados como la nulidad de la prueba y que puedan ser presentados en la etapa de Juicio Oral para su reconocimiento o exhibición, o bien, que de manera manifiesta conlleven a la existencia de una relación entre lo planteado y lo probado.*¹⁰⁰³

Veja-se que, diferentemente da legislação brasileira, o texto legal mexicano prevê as consequências da quebra da cadeia de custódia, na parte final do mencionado artigo 228, no qual se fez constar que as provas “no

perderán su valor probatorio, a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate”.

Os artigos citados se situam no Título III do Código Nacional de Procedimientos Penales, intitulado “Etapa de investigación” que, segundo o artigo 211, antecede a etapa “intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio”, onde se dá a “admisión de los medios de prueña”.¹⁰⁰⁴

registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.

Artículo 228. Responsables de cadena de custodia

La aplicación de la cadena de custodia es responsabilidad de quienes en cumplimiento de las funciones propias de su encargo o actividad, en los términos de ley, tengan contacto con los indicios, vestigios, evidencias, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo.

Cuando durante el procedimiento de cadena de custodia los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito se alteren, no perderán su valor probatorio, a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate. Los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito deberán concatenarse con otros medios probatorios para tal fin. Lo anterior, con independencia de la responsabilidad en que pudieran incurrir los servidores públicos por la inobservancia de este procedimiento.”

¹⁰⁰³ ORTIZ RUIZ, José Alberto. *Carpeta de investigación*. 2. ed. Ciudad de México: Editorial Flores, 2017, p. 99. Vale mencionar que o CNPP

traz as seguintes definições para licitude e nulidade probatórias, *in verbis*:

Artículo 263. Licitud probatoria

Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código.

Artículo 264. Nulidad de la prueba

Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.

¹⁰⁰⁴ Artículo 211. Etapas del procedimiento penal
El procedimiento penal comprende las siguientes etapas:

I. La de investigación, que comprende las siguientes fases:

- a) Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, e
- b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;

Com efeito, o CNPP estabelece a competência do “Juez de control”¹⁰⁰⁵ para excluir meios de prova obtidos “con violación a derechos fundamentales”, “declaradas nulas”, ou que “contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo” (vide art. 346).

Fica evidente, portanto, que a cadeia de custódia ganhou importância na reforma processual perpetrada no México, na condição de mecanismo de proteção do juízo oral, como fica evidente em estudos doutrinários que tratam da questão após 2014:

Con las reformas en cuanto a materia penal se refiere, el sistema implementa los juicios de oralidad en donde se enfrentan a las partes y, tanto víctima como imputado, se ven más inmiscuidos en cuanto a las diferentes acciones que conforme va avanzando el juicio se van dando, ya no son actores pasivos a la espera de que otros actores le den continuidad al procedimiento si no que ahora se

*ven más inmersos en los sucesos y ven en primera persona como son defendidos sus derechos; pero con el nuevo sistema, también surge la necesidad de un sistema fiable y veraz para exponer los medios de prueba que servirán al juzgador para emitir su fallo en juicio, es por esto, por la necesidad de cambiar y hacer más confiable el ofrecimiento de pruebas para llegar a una verdad basada en hechos verdaderos y no resolver en cuanto a las mentiras más creíbles, que surge la Cadena de Custodia como un sistema para tratar adecuadamente los indicios o pruebas encontrados para el esclarecimiento de hechos y estos puedan ser preservados correctamente y llevados a juicio.*¹⁰⁰⁶

De igual forma, tem-se que:
A partir de las reformas realizadas en el 2008 con la introducción del nuevo sistema penal de corte

II. La intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y
III. La de juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento.

La investigación no se interrumpe ni se suspende durante el tiempo en que se lleve a cabo la audiencia inicial hasta su conclusión o durante la víspera de la ejecución de una orden de aprehensión. El ejercicio de la acción inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia, con lo cual el Ministerio Público no perderá la dirección de la investigación.

El proceso dará inicio con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme.

¹⁰⁰⁵ Figura equivalente ao *juiz de garantias* brasileiro, introduzido pela Lei 13.964/2019, mas ainda não implementado. Vale ressaltar, contudo, que o juiz de garantias previsto no CPP brasileiro, diversamente do que ocorre nos demais países latino-americanos, não tem competências relativas ao controle da admissibilidade probatória, o que representa uma grande omissão no texto legislativo pátrio.

¹⁰⁰⁶ SILVAN RODRÍGUEZ, Víctor Hugo; MÉNDEZ PAZ, Lenin. Cadena de custodia, su repercusión e importancia en el sistema de justicia penal oral acusatorio. *Revista Ecos Sociales*, a. 8, n. 24, 2020, pp. 1311- 1321, p. 1312-1313.

acusatorio oral, la prueba pericial se ha convertido en el elemento principal para demostrar la participación de los involucrados en un hecho delictivo, así como el grado de participación de cada uno y cómo se dieron los hechos al momento, a raíz de esto se busca que los indicios no sean alterados, modificados, o que sean falsificados, para lo cual se creó la cadena de custodia, con el fin de cuidar el procedimiento que se debe seguir en forma clara y elaborada para mantener el valor de los indicios durante el procedimiento y, por consiguiente, se cumplan los principios establecidos para este sistema de justicia utilizado en nuestro país.¹⁰⁰⁷

Voltando à análise de Calderón Arias, a autora também aborda o que se denomina de o “mejor ejemplo sobre la regulación de la cadena de custodia de los elementos de prueba”¹⁰⁰⁸:

Colombia es el ejemplo más completo de los analizados porque presenta una regulación en el Código procesal penal de 2004 y la Fiscalía, como órgano encargado de estos procedimientos, creó un manual que expresa el tratamiento para los elementos de prueba recolectados en cada escenario de

delito y el aseguramiento desde su recolección hasta la destrucción o devolución de los mismos. Igual ocurre con Venezuela, que también posee su manual de procedimiento para la cadena de custodia.¹⁰⁰⁹

Veja-se que, também na Colômbia, no contexto da refundação do processo penal latino-americano, previu-se audiência preparatória (artigo 355 e seguintes) voltada, entre outras coisas, a um prévio controle probatório, *in verbis*:

Artículo 359. Exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba. Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.

Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de

¹⁰⁰⁷ ALDANA SOLORIO, Ruben. La cadena de custodia como elemento rector en el manejo del material de prueba. *Revista eletrônica EXLEGE*, a. 1, n. 2, León: 2018, jul.-dez., pp. 7-14, p. 12.

¹⁰⁰⁸ CALDERÓN ARIAS, E. Un estudio comparado en Latinoamérica sobre la cadena de custodia de las evidencias en el proceso penal. *Revista*

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 44, n. 121, Medellín: 2014, pp. 425-459, p. 455.

¹⁰⁰⁹ CALDERÓN ARIAS, E. Un estudio comparado en Latinoamérica sobre la cadena de custodia de las evidencias en el proceso penal. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 44, n. 121, Medellín: 2014, p. 425-459, p. 455.

oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello.

Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra esta procederán los recursos ordinarios.

Artículo 360. Prueba ilegal. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.

Nos dois últimos ordenamentos jurídicos mencionados, verifica-se que o instituto da cadeia de custódia nasce dentro de um contexto reformado voltado à elaboração de um processo penal acusatório, cuja peça central é o juízo oral.¹⁰¹⁰

Nesse sentido, ganha relevância a fase do procedimento acusatório interposta entre a *investigação preliminar* e o *juízo oral de mérito* (fase processual), na medida em que a *etapa intermediária* se presta, para além da admissibilidade da acusação, ao controle de licitude e legitimidade das provas.

Tanto é verdade que, ao tratar dessa etapa intermediária como “una dimensión que favorece un juicio de ponderación sobre la calidad de la información que aporta la prueba”¹⁰¹¹, e que “la región latinoamericana la está incorporando progresivamente”¹⁰¹², Leonel González Postigo cita como bons exemplos, justamente, as legislações mexicana e colombiana:

Por su lado, en la descripción de las reglas de admisibilidad, el CNPP de México es el que puntualiza con más precisión el significado de cada causal (art. 346). Por último, Colombia es el único que recepta la modalidad de “relevancia legal o pragmática” en su integralidad “toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos: a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento” (art. 376). De todos modos, a pesar de no estar regulado con este nivel de exhaustividad, creemos que los códigos procesales penales latinoamericanos no impiden una

¹⁰¹⁰ HORVITZ LENNON, M. I; LÓPEZ MASLE, J. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 536.

¹⁰¹¹ GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. La etapa intermedia en un sistema adversarial: control sustancial de la acusación. In: Marco Aurélio Nunes da Silveira; Leonardo Costa de Paula (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho –

Vol. 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Acusatória, 2019, pp. 79- 112, p. 100.

¹⁰¹² GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. La etapa intermedia en un sistema adversarial: control sustancial de la acusación. In: Marco Aurélio Nunes da Silveira; Leonardo Costa de Paula (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – Vol. 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Acusatória, 2019, pp. 79- 112, p. 100.

*nueva comprensión del concepto de relevancia. Por el contrario, podría significar la implantación de una nueva práctica y dinámica en las audiencias de etapa intermedia, a partir de criterios que adopten todos los intervinientes.*¹⁰¹³ (p. 100)

Nesse ponto em comum extraído das legislações vizinhas é que residem as lições capazes de enriquecer a incipiente experiência brasileira a respeito da cadeia de guarda da prova penal.

3. LIÇÕES DA EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA PARA A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Ao elaborar o estudo comparado, acima sintetizado, a respeito da cadeia de custódia da prova penal, Calderón Arias concluiu haver uma problemática decorrente da falta de previsões legais específicas sobre o tema nas legislações analisadas:

Queda mucho por hacer en regulación normativa para la cadena de custodia en América Latina porque algunos países pueden servir de guía, pero para el resto sus legislaciones se quedan en la abstracción y generalidad que hace que este proceso de cadena

*de custodia pierda en protección jurídica y los sujetos procesales en seguridad.*¹⁰¹⁴

Da experiência brasileira sobre o assunto, extrai-se que o problema é diverso. Afinal, além de possuir regramento administrativo específico desde 2014, o texto do Código de Processo Penal regula a cadeia de custódia da prova desde a alteração legislativa realizada em 2019.

Porém, tais previsões não encontraram um ambiente jurídico-cultural propício para seu desenvolvimento em conformidade com sua essência, residindo aí grande parte do problema brasileiro. Nesse sentido, vale ilustrar o ora alegado a partir da experiência mexicana sobre o tema:

La cadena de custodia en México como sistema de regulación de elementos de prueba en los delitos, nace con el modelo procesal penal oral acusatorio con el cual se busca cambiar el paradigma con el que se vive en México de impunidad en cuanto a la comisión de delitos y la extremadamente baja tasa de sanción a estos actos, es así que se implementa este nuevo sistema buscando mejorar la impartición de justicia en México y para ello es necesario que exista un sistema eficiente de recolección, estudio y

¹⁰¹³ GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. La etapa intermedia en un sistema adversarial: control sustancial de la acusación. In: Marco Aurélio Nunes da Silveira; Leonardo Costa de Paula (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho –

Vol. 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Acusatória, 2019, pp. 79- 112, p. 100.

¹⁰¹⁴ CALDERÓN ARIAS, E. Un estudio comparado en Latinoamérica sobre la cadena de custodia de las evidencias en el proceso penal. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 44, n. 121, Medellín: 2014, pp. 425–459, p. 455.

*protección de aquellos elementos que son parte de los hechos supuestamente delictivos y pueden servir para dirimir controversias e impartir la justicia que es tan necesaria y pedida en México, y es en la etapa del juicio la oportunidad en que habrán de practicarse y valorarse las pruebas, donde la cadena de custodia tiene como finalidad brindarle soporte veraz ante el juez, en medio de lo que se conoce como el debido proceso.*¹⁰¹⁵

Num sentido oposto, no Brasil, a recente inserção da cadeia de custódia da prova não parece ser vista, até o momento, como “elemento esencial del sistema penal oral”, com o citado fim de “brindarle soporte veraz ante el juez”.¹⁰¹⁶

E isso não apenas por não se levar a sério a oralidade, mas também pelo fato de que as decisões recentes, como visto, caminham no sentido de firmar o entendimento de que cabe ao juiz que julgará a causa, quando da decisão final de mérito, “avaliar se os demais elementos dos autos são capazes de assegurar que a prova [cuja cadeia de custódia não foi observada] é confiável, sendo ônus da acusação apresentá-los”¹⁰¹⁷.

Significa dizer que, caso mantido esse entendimento, a prova cuja cadeia de guarda não foi assegurada transporia a fase da investigação preliminar, ingressaria nos autos do processo e, por consequência, contaminaria a instrução, pois perduraria nos autos até o momento da sentença, quando só então o julgador se debruçaria sobre o desrespeito à previsão legal específica.

O ideal, porém, seria o processo penal brasileiro nutrir-se da inspiração latino-americana e adotar uma postura acusatória em relação à cadeia de custódia da prova, elegendo-a como um filtro probatório a ser adotado com o fim de resguardar a instrução e o julgamento de mérito.

Isso se faria possível com a adoção de uma efetiva etapa intermediária (cuja “finalidade principal [...] é a preparação do juízo de mérito, que tende a ocorrer de maneira mais célere e livre de entraves de natureza processual”¹⁰¹⁸), a exemplo do que ocorrera no México e na Colômbia.

Em 2019, uma nova reforma legal gerou novas esperanças, uma vez que a mesma lei que inseriu no CPP previsão expressa a respeito da cadeia de custódia da prova também introduziu, na mesma legislação, o instituto do *juiz de garantias*¹⁰¹⁹. Este novo instituto,

¹⁰¹⁵ SILVAN RODRÍGUEZ, Víctor Hugo; MÉNDEZ PAZ, Lenin. Cadena de custodia, su repercusión e importancia en el sistema de justicia penal oral acusatorio. *Revista Ecos Sociales*, ano 8, n. 24, 2020, pp. 1311- 1321, p. 1316-1315.

¹⁰¹⁶ SILVAN RODRÍGUEZ, Víctor Hugo; MÉNDEZ PAZ, Lenin. Cadena de custodia, su repercusión e importancia en el sistema de justicia penal oral acusatorio. *Revista Ecos Sociales*, ano 8, n. 24, 2020, pp. 1311- 1321, p. 1318.

¹⁰¹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 5.^a Turma, rel. Ministro Ribeiro Dantas, AgRg no RHC 143169/RJ, DJ 02.03.2023, j. em 07.02.2023.

¹⁰¹⁸ De acordo com análise feita em trabalho anterior: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. A Etapa Intermediária e o Juiz de Garantias no Processo Penal Brasileiro: um passo importante e insuficiente. *Revista Justiça Do Direito*, v. 33, n. 3, Set./Dez. 2019, p. 189-221, p. 205.

¹⁰¹⁹ Diga-se que o juiz de garantias não estava na mesma proposta legislativa que previa a

enfim, criaria uma etapa intermediária no processo penal brasileiro, “considerando que o juízo de admissibilidade passa a integrar a competência jurisdicional do juiz de garantias, além de se excluir o conteúdo da investigação preliminar dos autos do processo penal”¹⁰²⁰.

No Brasil, porém, a previsão legal do juiz de garantias apresenta duas grandes omissões¹⁰²¹, sendo a primeira constatada no fato de que o instituto não se insere no contexto da *oralidade plena*¹⁰²², proposta por Alberto Binder¹⁰²³ como o elemento fundamental da refundação acusatória do processo penal latino-americano.¹⁰²³

Com efeito, idealmente, a atuação do juiz de garantias deve ocorrer, prioritariamente, em audiência, de modo a viabilizar o debate entre as partes e qualificar a decisão do juiz, o que tende a promover maior celeridade no deslinde processual (com incremento do respeito às garantias do réu) e redução no número de recursos e habeas corpus, segundo se verificou na experiência das reformas latino-americanas.

No CPP brasileiro, contudo, para além da audiência de custódia, a

atuação do juiz de garantias ocorrerá no contexto do tradicional processo escrito, burocrático, cartorário, com debates das partes limitados a arrazoados escritos e decisões proferidas em gabinete.

Em segundo lugar, a figura do juiz de garantias, no Brasil, não contempla o que se chama de etapa de *preparação do juízo de mérito* (ou *preparação do juízo oral*, nos ordenamentos hispano-americanos). Nos modelos reformados da região, a etapa intermediária, presidida pelo juiz de garantias, exerce duas principais funções, entre outras: a) *juízo oral de admissibilidade da acusação*, que se presta à discussão, em efetivo contraditório, dos aspectos formais e materiais da acusação antes da decisão do juiz; b) *controle de admissibilidade probatória*, em audiência, o que possibilita, após debate contraditório entre as partes, a exclusão de provas ilícitas e/ou ilegítimas em fase anterior ao juízo de mérito (anterior até mesmo ao início da fase processual), circunstância que visa assegurar que o *juiz do processo* conhecerá o caso de maneira alheia às eventuais influências cognitivas

inserção da cadeia de custódia no CPP brasileiro, sendo fruto do trabalho do Grupo de Deputados que se debruçou sobre todas as proposições unificadas que, ao final, resultaram na Lei nº 13.964/2019. Nesse sentido, ver.: FABRETTI, H. B.; SMANIO, G. P. *Comentários ao Pacote Anticrime*. São Paulo: Atlas, 2020, p. 2.

¹⁰²⁰ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. A Etapa Intermediária e o Juiz de Garantias no Processo Penal Brasileiro: um passo importante e insuficiente. *Revista Justiça Do Direito*, v. 33, n. 3, Set./Dez. 2019, p. 189-221, p. 215.

¹⁰²¹ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. A Etapa Intermediária e o Juiz de Garantias no Processo Penal Brasileiro: um passo importante e insuficiente. *Revista Justiça Do Direito*, v. 33, n. 3, Set./Dez. 2019, p. 189-221, p. 216.

¹⁰²² Aqui, oralidade plena significa que os atos postulatórios das partes e os respectivos atos decisórios do juiz devem ser proferidos, obrigatoriamente, em audiência.

¹⁰²³ Sobre o tema: BINDER, Alberto. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Monterrey: Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2014.

indesejadas¹⁰²⁴ decorrentes do contato com o resultado de ilicitudes probatórias.

Como se não bastasse, a previsão legal a respeito do juiz de garantias teve sua vigência suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, o que perdura até a escrita do presente trabalho¹⁰²⁵.

Por tais razões, a cadeia de custódia da prova, vista como filtro probatório, acaba perdendo essa função quando inserida na legislação atinente ao processo penal brasileiro, diversamente do que se pode verificar na experiência latino-americana, estando fadada a intensos (e já iniciados) debates jurisprudenciais a respeito de sua aplicabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível verificar que a cadeia de custódia da prova, no processo penal brasileiro, foi inserida numa cultura jurídica *sui generis* (essencialmente inquisitiva, mas que crescentemente vem incorporando institutos típicos do

processo penal adversarial), o que revelou uma aparentemente incompatibilidade entre sua finalidade e a realidade processual na qual se encontra.

Instado a enfrentar o tema, o Poder Judiciário brasileiro, ao menos num primeiro momento, ainda que de forma não intencional, terminou por reproduzir uma dinâmica, há muito alimentada, de fazer vista grossa à admissibilidade das provas.

Um olhar voltado à experiência latino-americana convida para uma abordagem mais ampla, no sentido de se adotar, de forma efetiva, uma etapa intermediária como controle probatório prévio ao juízo de mérito, no qual a cadeia de custódia surgiria como um dos mais importantes elementos a garantir que a instrução ocorra de maneira adequada aos postulados constitucionais.

É com essa postura que a cadeia de guarda da prova deve ser aplicada no Brasil, de maneira condizente com um processo penal acusatório. Resta por debater se isso pode ser feito,

¹⁰²⁴ Sobre o tema das heurísticas e vieses no processo decisório, em leitura relacionada ao papel do juiz de garantias, recomenda-se: COMAR, Danielle Nogueira Mota. *Imparcialidade e juiz de garantias*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

¹⁰²⁵ Tal decisão se deu nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298. 6.299 e 6.300, por parte do Ministro Luiz Fux, que determinou “a suspensão por tempo indeterminado dos arts. 3.º-A a 3.º-F, ou seja, tudo o que se refere ao “juiz das garantias”. Os argumentos para tanto residem em supostas inconstitucionalidades formal (por “consistirem preponderantemente em normas de organização judiciária”, tais alterações seriam de competência privativa dos tribunais, por força do art. 96, da Constituição

Federal) e material (em resumo, a legislação deixaria “lacunas tão consideráveis na legislação, que o Próprio Poder Judiciário sequer sabe como as novas medidas deverão ser adequadamente implementadas”. Ademais, não estaria autorizada a “presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação”, e não seria possível inferir que “a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz de garantias e o juiz da instrução”) dos citados dispositivos legais. FABRETTI, H. B.; SMANIO, G. P. *Comentários ao Pacote Anticrime*. São Paulo: Atlas, 2020, p. 81-82.

meramente, com base na discricionariedade de cada juiz em cada processo penal, com base no entendimento jurisprudencial vigente sobre a legislação vigente, ou se deve, como nos parece, alimentar o debate sobre a necessidade de uma verdadeira refundação democrática do processo penal brasileiro, inclusive com a adoção de uma etapa intermediária completa, como tem ocorrido em diversos países da América Latina.

REFERÊNCIAS

- ALDANA SOLORIO, Ruben. La cadena de custodia como elemento rector en el manejo del material de prueba. *Revista eletrónica EXLEGE*, a. 1, n. 2, León: 2018, jul.-dez., pp. 7–14.
- BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo e LIPES, Anderson Bezerra (orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- BINDER, Alberto. Elogio de la audiencia oral y otros ensayos. Monterrey: Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2014.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria n. 82, de 16 de julho de 2014. Estabelece as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 de julho de 2014. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=18/07/2014&jornal=1&pagina=42&totalArquivos=124>. Acesso em 15 mar. 2023.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria n. 89, de 28 de julho de 2014. Institui processo de seleção de propostas para pactuação de convênios relacionados ao fortalecimento das atividades de perícia criminal oficial dos Estados e do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 de julho de 2014. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=29/07/2014&jornal=1&pagina=46&totalArquivos=104>. Acesso em 15 mar. 2023.
- CALDERÓN ARIAS, E. Un estudio comparado en Latinoamérica sobre la cadena de custodia de las evidencias en el proceso penal. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 44, n. 121, Medellín: 2014, pp. 425–459.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências inquisitivas e refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; PAULA, Leonardo Costa de (organizadores). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Volume 1-2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.
- COLOMBIA. Ley 906 de 2004. Senado de la República de Colombia. Código de Procedimiento Penal de Colombia. *Diário Oficial da República da Colômbia*, Bogotá, 31

- de agosto de 2004. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20190708_03.pdf. Acesso em 19 mar. 2023.
- COMAR, Danielle Nogueira Mota. *Imparcialidade e juiz de garantias*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.
- FABRETTI, H. B.; SMANIO, G. P. *Comentários ao Pacote Anticrime*. São Paulo: Atlas, 2020.
- GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. La etapa intermedia en un sistema adversarial: control sustancial de la acusación. In: Marco Aurélio Nunes da Silveira; Leonardo Costa de Paula (org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – Vol. 5*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Acusatória, 2019, pp. 79-112.
- HORVITZ LENNON, M. I; LÓPEZ MASLE, J. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002
- LUCCARDI, Mauro Iván. Cadena de custodia. *Repositorio Institucional Universidad Siglo 21*, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/16171>>. Acesso em 19 mar. 2023.
- MEXICO. Ley 906 de 2004. Senado de la República de Colombia. Código Nacional de Procedimientos Penales. *Diario Oficial de la Federación*, Cidade do México, 5 de março de 2014. Disponível em: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>. Acesso em 19 mar. 2023.
- NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. A Etapa Intermediária e o Juiz de Garantias no Processo Penal Brasileiro: um passo importante e insuficiente. *Revista Justiça Do Direito*, v. 33, n. 3, Set./Dez. 2019, p. 189-221.
- ORTIZ RUIZ, José Alberto. *Carpeta de investigación*. 2. ed. Ciudad de México: Editorial Flores, 2017.
- PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.
- PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- SILVAN RODRÍGUEZ, Víctor Hugo; MÉNDEZ PAZ, Lenin. Cadena de custodia, su repercusión e importancia en el sistema de justicia penal oral acusatorio. *Revista Ecos Sociales*, ano 8, n. 24, 2020, pp. 1311-1321.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 6.^a Turma, rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, HC n.º 653.515/RJ, DJ 01.02.2022, j. 23.11.2022.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 5.^a Turma, rel. Ministro Ribeiro Dantas, AgRg no RHC 143169/RJ, DJ 02.03.2023, j. em 07.02.2023.

A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS COLETIVAS ESTRANGEIRAS NO BRASIL^{1026 1027}

RECOGNITION OF FOREIGN CLASS ACTION JUDGEMENTS IN BRAZIL

Marco Bruno Miranda Clementino

Mestre (UFRN) e Doutor (UFPE) em Direito. Professor Adjunto vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Juiz Federal Auxiliar da Presidência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Formador de Magistrados da ENFAM. E-mail: marcobrunomiranda@gmail.com. Cidade: Natal/RN.

Lucas José Bezerra Pinto

Especialista em Processo Civil (Damásio/IBMEC) e Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Procurador Federal junto à Advocacia-Geral da União no Distrito Federal, onde atua no Núcleo de Atuação Prioritária. E-mail: lucasjbp@outlook.com. Cidade: Natal/RN.

RESUMO: Este trabalho analisa os mecanismos e os pressupostos processuais para a internalização de sentenças coletivas estrangeiras no ordenamento jurídico brasileiro. Em essência, com um viés exploratório, se investiga, primariamente, a aplicabilidade do procedimento de homologação de sentenças estrangeiras, com contornos tradicionalmente muito mais vinculados ao processo individual, às sentenças coletivas provindas do exterior. A partir do estudo das disposições legislativas que o regem (Constituição Federal, Código de Processo Civil e Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – RISTJ), conclui-se que não há nenhuma

exclusão expressa ou objeção implícita ao uso do procedimento de reconhecimento para sentenças coletivas. Em continuidade, busca-se detectar tendências para o reconhecimento intersistêmico da tutela coletiva. De início, extrai-se a ideia geral desse procedimento: sua cognição especial, que, no ordenamento brasileiro, envolve tradicionalmente e *a priori* um controle preponderantemente formal (de autoridade e procedimento), com limitado controle de mérito, em deferência à jurisdição estrangeira onde prolatada a decisão. No entanto, observa-se que, com lastro nos conceitos de soberania nacional, dignidade da pessoa humana e ordem

¹⁰²⁶ Artigo recebido em 24/04/2023 e aprovado em 13/07/2023.

¹⁰²⁷ Artigo vinculado ao Projeto de Pesquisa “Direito Internacional e Jurisdição” da Linha 03 “Direito Internacional e Concretização de Direitos” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

pública (art. 216-F do RISTJ), haveria uma abertura cognitiva no processo homologatório que poderia servir como anteparo procedimental para limitar decisões oriundas de jurisdições mais distantes e formalmente menos garantistas. Sob esse pressuposto, posteriormente, faz-se uma análise quantitativa-qualitativa nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre a temática (173 acórdãos entre 2013 e 2022) com vistas a identificar como a corte tem interpretado os referidos postulados, detectando-se que tais cláusulas de fato têm se prestado à salvaguarda do devido processo legal brasileiro. Ciente da variabilidade da tutela e do processo coletivo ao redor do globo (matéria tutelável, legitimação para a instauração de seus procedimentos, na integração ao grupo e às ações, bem como na formação da coisa julgada), após um estudo comparativo de institutos coletivos em ordenamentos estrangeiros, busca-se perquirir quais seriam então as condições de homologabilidade das sentenças coletivas estrangeiras à luz do devido processo legal brasileiro, pela expressão que recebe nos postulados de ordem pública, soberania nacional e dignidade humana, quando do procedimento homologatório. Em conclusão, identifica-se uma forte tendência de homologação apenas das sentenças coletivas favoráveis ao grupo, classe ou comunidade, mas com a possibilidade de reconhecimento de efeitos parciais preclusivos que obstem o acionamento e a continuidade das ações coletivas com o mesmo objeto, embora, repita-se, sem prejuízo às pretensões individuais.

PALAVRAS-CHAVE: Homologação; sentença coletiva estrangeira; sistemas de tutela coletiva; ordem pública; devido processo legal.

ABSTRACT: This work analyzes the mechanisms and procedural assumptions for the internalization of foreign class action judgments in the Brazilian legal system. By exploratory method, it investigates, primarily, the applicability of the Brazilian legal procedure for recognition of foreign sentences, which traditionally is much more linked to the individual process, to collective sentences coming from abroad. From the study of the Brazilian law (Brazilian Federal Constitution, Code of Civil Procedure and internal rules of the Superior Tribunal de Justiça - RISTJ), it is concluded that there is no objection to the use of the recognition procedure for class action decisions. After that, we seek to detect bias towards the intersystemic recognition of class actions provisions. The general idea of Brazilian recognition system is extracted: its special cognition, which traditionally involves a preponderantly formal control (of procedure), with limited material control, in deference to the foreign jurisdiction where the decision come from. However, it is observed that, based on the concepts of national sovereignty, human dignity and public order (section 216-F - RISTJ), there would be a cognitive opening in the recognition procedure that could serve as a safeguard to refuse decisions arising from less protective jurisdictions. Under this assumption, subsequently, a quantitative-qualitative analysis is

carried out in the judgments of the Superior Tribunal de Justiça - STJ on that subject (173 judgments between 2013 and 2022) in order to identify how the court has interpreted those postulates, detecting that such clauses in fact have been interpreted to secure the Brazilian due process. Aware of the variability of class actions rules around the globe (protectable matter, representation, formation of group and *res judicata*), after a comparative study of collective institutes in foreign legal systems, we seek to inquire what would be the recognition conditions of foreign class action judgments to be accepted under Brazilian due process clause (and its meaning from postulates of public order, national sovereignty and human dignity, during the homologation procedure). In conclusion, there is a strong tendency in Brazil towards recognition only of foreign class action judgments that benefit the group, class or community, except for the effects of preventing new identical class actions. Therefore, foreign class action judgments could not prejudice Brazilian individual claims.

KEYWORDS: Recognition of Foreign Class Action Judgment; Collective Procedural Systems; Public Order; Due Process.

INTRODUÇÃO

Em um mundo globalizado, e profundamente interconectado, há um forte fluxo de pessoas e bens, tecnologias e informações, atos e fatos entre os diversos cantos do planeta. Esses elementos, por mais que possam ser concebidos em um dos 195 (cento e

noventa e cinco) microcosmos jurídicos nacionais, geram efeitos que não estão adstritos a essas fronteiras, demandando, até como condição para a continuidade desse tráfico, o reconhecimento da juridicidade daquilo produzido em uma realidade alheia. Nesse contexto, o intercâmbio de atos jurídicos entre ordenamentos, para além de uma tendência, é uma necessidade.

Como consequência disso, contudo, surgem não apenas fenômenos transnacionais, mas igualmente fenômenos transindividuais. Afinal, nesse movimento dinâmico de elementos, tão comum quanto a existência de repercussões que transitam para fora do sistema de origem, são as repercussões que atingem uma pluralidade de indivíduos. Assim, conquanto se relacionem a limites jurídicos diversos (objetivos e subjetivos), os fenômenos internacionais e coletivos guardam entre si uma sintonia, essencialmente relacionada a expansão dos efeitos dos atos praticados na contemporaneidade.

Disso emerge a necessidade de investigação desses fenômenos quando conectados, que possuem no reconhecimento da sentença estrangeira coletiva o seu ponto máximo. Eis que o procedimento de homologação de sentença coletiva estrangeira simboliza a interconexão entre sistemas jurídicos para a resolução otimizada de conflitos de interesse que envolvam pessoas, bens, tecnologias, informações, atos e fatos qualificados por transbordar dos limites objetivos e subjetivos de um ordenamento jurídico, de um território e de uma nação soberana.

O objetivo do presente artigo, logo, é analisar especificamente a internalização de sentenças coletivas vindas do exterior no ordenamento brasileiro, sobretudo quanto à aplicabilidade do procedimento de homologação de sentenças estrangeiras a esse tipo de ato jurisdicional, aos potenciais óbices para seu reconhecimento e às condições processuais para sua homologação.

É válido dizer, para fins de distinção, que o campo de abordagem deste artigo se reduz aos mecanismos e pressupostos de internalização de sentenças coletivas estrangeiras. Ou seja, não se almeja a análise de todo e qualquer provimento jurisdicional, mas somente as sentenças, uma vez que elas possuem procedimento de internalização próprio: a homologação de sentenças estrangeiras (que inclusive diverge do procedimento de outros atos processuais). Do mesmo modo, não se tem o propósito de tratar do conteúdo das ações coletivas transnacionais em si, das ações coletivas nacionais que podem ter efeito no estrangeiro, muito menos da homologabilidade das sentenças brasileiras no estrangeiro (procedimento inverso).

Nesse intuito, desenvolve-se primordialmente um estudo investigativo dos institutos e procedimentos para a integração da decisão estrangeira no ordenamento nacional, firmando pressupostos processuais essenciais para, posteriormente, se proceder a uma análise qualitativa-quantitativa das tendências e peculiaridades da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre o tema. Assim, após

essa perquirição, faz-se um estudo comparativo das variabilidades materiais e procedimentais dos sistemas de tutela coletiva pelo globo para, ao final, à luz da concepção do devido processo legal brasileiro, extraído da constatação de seu significado empírico na jurisprudência, formular premissas para o reconhecimento das sentenças coletivas externas.

1. A APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS ÀS SENTENÇAS COLETIVAS

No ordenamento jurídico brasileiro, a homologação de sentenças estrangeiras é regulada pela Constituição Federal (art. 105, I, alínea i; e art. 109, X, mas com aplicação de outras garantias constitucionais), pelo Código de Processo Civil (CPC - arts. 960 e seguintes, para além de outros dispositivos esparsos), pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ - arts. 216-A e seguintes), e, em certa medida, por regramentos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e por Acordos ou Tratados Internacionais, em princípio plenamente aplicáveis independentemente da decisão ser individual ou coletiva.

“Em princípio” porque o sistema de homologação de sentenças estrangeiras, embora não seja especificamente projetado e nem possua adaptações aos dissídios de grupo, não faz qualquer distinção entre provimentos individuais e coletivos. Não há, portanto, nenhuma exclusão expressa, mas igualmente nenhuma objeção implícita, à utilização dos procedimentos homologatórios

previstos para atribuição de eficácia a uma decisão coletiva estrangeira a ser executada no Brasil, de modo que se deduz a possibilidade legal de sua ampla utilização.

São muitas as situações que podem ensejar o interesse na homologação de uma sentença coletiva estrangeira no Brasil, ainda mais numa era em que as pessoas e os bens, os atos e os danos (ambientais, empresariais, cibernéticos, etc.) não estão adstritos às fronteiras locais, mas emergem e transitam globalmente. De certo modo, o interesse na homologação de uma sentença coletiva não muito difere do interesse no reconhecimento da sentença individual externa. Em geral, é o mesmo fenômeno jurídico qualificado pela pluralidade e particularizado pelo procedimento.

Assim, pode surgir o interesse na homologação de sentença estrangeira coletiva quando: (a) o ato ilícito (ou mesmo lícito que gere danos) seja total ou parcialmente praticado em território nacional, mas conhecido e julgado em jurisdição estranha; (b) quando o dano, difuso, homogêneo ou heterogêneo, perpassa a jurisdição do país cuja decisão foi emanada; (c) quando houver potenciais beneficiários da sentença coletiva no país; (d) quando o

destinatário do provimento possua domicílio ou residência em território nacional; (e) quando os bens passíveis de constrição estejam em território nacional; (f) quando certos efeitos processuais (suspensão, extinção, prescrição, dentre outros) podem se derivar do reconhecimento do ato judicial alienígena, etc.

Em síntese, poderá haver interesse no reconhecimento de uma sentença coletiva estrangeira no Brasil toda vez que, por qualquer motivo, seja desejável que a decisão produza efeitos no território nacional, em virtude dos seus beneficiários, do seu destinatário, dos atos e danos produzidos, dos seus potenciais efeitos processuais, ou mesmo dos bens e documentos que possam servir de proveito ao cumprimento integral ou a maior eficiência de uma sentença coletiva.

Apesar disso, talvez até mesmo pelas dificuldades procedimentais presentes no intercâmbio desses atos, são escassos os feitos coletivos estrangeiros submetidos à homologação de sentença no Brasil. Na jurisprudência do STJ, há apenas o singular caso da Sentença Estrangeira Contestada nº 8.542 (apelidado de “Caso Chevron”) ¹⁰²⁸, em que vários autores pretendiam o reconhecimento

¹⁰²⁸ Ementa do Julgado: SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. CONDENAÇÃO EM MONTANTE SUPERIOR A DEZOITO BILHÕES DE DÓLARES, SOB A ALEGAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS. AUSÊNCIA DE JURISDIÇÃO BRASILEIRA E DE INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. 1. Não há dúvida quanto à existência de coisa julgada e, até mesmo, a interposição dos recursos ordinários e extraordinários possíveis, não constituindo óbice, para a configuração do

trânsito em julgado, o ajuizamento da ação extraordinária de proteção no âmbito do direito equatoriano. 2. Tampouco se verificou qualquer irregularidade na representação para o ajuizamento da presente ação de homologação da sentença estrangeira. 3. Em conformidade com o princípio da efetividade, todo pedido de homologação de sentença alienígena, por apresentar elementos transfronteiriços, demanda a imprescindível existência de algum ponto de conexão entre o exercício da jurisdição

de título constituído no Equador que condenava a Chevron Corporation, sucessora da Texaco Petroleum Company, por danos ambientais supostamente causados naquele país, em montante superior a 18 bilhões de dólares.

Por mais que esse pedido homologatório tenha sido visto como a primeira experiência brasileira com potencial de internalização de uma decisão coletiva e transnacional em nosso ordenamento¹⁰²⁹, em 2018, o STJ, aplicando o princípio da efetividade, entendeu que não havia a caracterização do elemento de conexão necessário para atrair a jurisdição brasileira ao caso, negando sua homologação. Na ocasião, além dos indícios de existência de fraudes processuais na constituição do título, considerou-se que a empresa cujos bens respondiam pela obrigação, a norte-americana Chevron Corporation, não estava situada em território nacional; e a Chevron Brasil seria pessoa jurídica distinta, que não teria participado do processo original, pelo que seus bens não poderiam responder pela obrigação.

Ainda que com uma certa frustração por não haver maiores

aprofundamentos e ponderações sobre as condições de homologabilidade de sentenças estrangeiras coletivas, o precedente ao menos assinala implicitamente que a natureza transindividual da sentença por si só não seria obstáculo ao pedido de reconhecimento do título nas vias jurisdicionais brasileiras. Isso é, sobremaneira, um reforço jurisprudencial à impressão legal de que as sentenças coletivas estrangeiras podem ser objeto de ação homologatória para a produção de efeitos nacionais.

Assim, no atual estado de coisas, deve-se assumir que o procedimento de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras é aplicável às decisões individuais ou coletivas, seja pela natural possibilidade do surgimento de interesse na produção de efeitos de um provimento estrangeiro no território brasileiro (pelos mais diversos elementos de conexão que o podem submeter à jurisdição brasileira – ato, dano, beneficiários, destinatários, provas, bens e efeitos), seja pela ausência de vedação legal ou jurisprudencial a essa possibilidade.

pelo Estado brasileiro e o caso concreto a ele submetido. 4. Na hipótese em julgamento, é certa a ausência de jurisdição brasileira – questão que é pressuposto necessário de todo e qualquer processo –, haja vista que: a) a Chevron Corporation, empresa norte-americana contra a qual foi proferida a sentença estrangeira, não se encontra situada em território nacional; b) a Chevron do Brasil, pessoa jurídica distinta da requerida e com patrimônio próprio, não integrou o polo passivo da lide originária; e c) não há nenhuma conexão entre o processo

equatoriano e o Estado brasileiro. 5. Sentença estrangeira não homologada. (SEC n. 8.542/EX, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 29/11/2017, DJe de 15/3/2018.).

¹⁰²⁹ BORGES, Orlando Francisco; CARDOSO, Juliana Provedel; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas transnacionais para tutela de danos ambientais: Caso Chevron (STJ, HSE 8.542). *Revista de Direito Ambiental*, vol. 84, p. 187-213, 2016. Pág. 12-13.

2. CONFIGURAÇÃO PROCEDIMENTAL E COGNITIVA NA HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS ESTRANGEIRAS: TENDÊNCIAS PARA O RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS COLETIVAS

Em essência, a homologação é uma ação de rito especial de competência originária do STJ (art. 105, I, i, da CF/88), tribunal ao qual cabe aferir a presença dos requisitos para a internalização da decisão, com execução ou cumprimento perante a Justiça Federal de 1ª instância (art. 109, X, da CF/88, art. 965 do CPC e art. 216-N do RISTJ). Assim, a competência será da jurisdição federal ainda que a causa estrangeira verse sobre questão que seria típica da jurisdição estadual, trabalhista, militar, etc., em uma cisão com a distribuição regular das atribuições jurisdicionais internas.

Conquanto hajam especificidades nesse rito homologatório, em geral essas particularidades circundam a cognição especial desse procedimento, que, no ordenamento brasileiro, envolve *a priori* um controle preponderantemente formal (de autoridade e procedimento), com limitado controle de mérito¹⁰³⁰, em deferência à jurisdição estrangeira que o

decidira. Portanto, e em regra, atendidos os requisitos formais fixados nos diplomas legais e acordos internacionais, a sentença individual ou coletiva estrangeira será homologada pelo STJ, sem que a Corte Federal adentre em qualquer aspecto meritório do julgado.

Por isso, os requisitos para a homologação da decisão estrangeira, dispostos nos arts. 963 e 964 do CPC, bem como no art. 216-D do RISTJ, são de natureza prevalentemente procedimental, tais como:

- (i) ser proferida por autoridade competente;
- (ii) ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia;
- (iii) ser eficaz no país em que foi proferida;
- (iv) não ter como objeto questão de competência exclusiva da jurisdição brasileira;
- (v) ter transitado em julgado no país de origem;
- (vi) não ofender a coisa julgada brasileira;

¹⁰³⁰ Sobre isso, a jurisprudência do STJ é reiterada. No entanto, em interessante artigo, Felipe Fröner aponta que “o juízo de delibação não abstrai completamente, quer garantias processuais, quer questões de mérito vinculadas à decisão alienígena, estruturando sistema de controle concreto do reconhecimento abstrato da legitimidade estrangeira para decidir litígios, segundo profundidades cognitivas diferenciadas em

função do grau deste reconhecimento”. Em outras palavras, que a cognição da homologação da sentença estrangeira não é de todo formal, mas prevalentemente formal. Em certas hipóteses, quanto menos deferência à jurisdição estrangeira, mais se abre o espaço cognitivo. FRÖNER, Felipe. Ação de homologação de sentença estrangeira: funcionalidades e cognição. *Revista da AJURIS*, V. 40, nº 130, p. 191-222, 2013. Pág. 220-221.

(vii) estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado.

Esses requisitos, é válido dizer, limitam não somente a cognição do juízo homologatório, mas também a amplitude da pretensão autoral e da exceção defensiva (pelo requerente - art. 216-C do RISTJ; e pela defesa - art. 216-H do RISTJ), tornando esse processo um procedimento especial monitório de competência originária do Presidente do STJ (art. 216-A do RISTJ), salvo quando contestado, quando será distribuída para instrução e decisão de sua Corte Especial (art. 216-K do RISTJ).

A legislação, por outro lado e tradicionalmente, a exemplo do que se vislumbra em outros tantos sistemas, estabelece cláusulas gerais que permitem o influxo de uma identidade valorativa nacional ao processo de reconhecimento, as quais podem servir de barreira ao ingresso desgovernado de decisões que potencialmente poderiam violar a essência da ordem constitucional e legal brasileira. Desse modo, “não será homologada a sentença estrangeira que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública”. (art. 216-F do RISTJ) ou aos “bons costumes” (art. 17 da LINDB).

De difícil conceituação, tais postulados se prestam ao controle excepcional e casual do conteúdo/procedimento da sentença

estrangeira que se pretende reconhecer efeitos em território nacional. A bem da verdade, como descreve Fröner¹⁰³¹, eles proporcionam uma abertura cognitiva ao procedimento homologatório que não se abstrai da relação material ou processual formada no estrangeiro, havendo na realidade uma relação de proporção inversa entre o grau de reconhecimento da legitimidade estrangeira e a profundidade da cognição exercida.

Deve-se admitir, pois, seja pela proximidade das garantias e dos valores, seja mesmo pela profundidade das relações político-sociais, que uma sentença americana, argentina ou portuguesa serão muito mais facilmente aceitas pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, porque mais facilmente assimiláveis ao nosso ordenamento jurídico, do que sentenças de países com culturas e origens mais distantes e distintas, as quais podem demandar a compreensão de instituições desconhecidas ou incomuns a exigir a tradução de conceitos e a delimitação de balizas para que possam produzir efeitos¹⁰³².

Além desses viés de reconhecimento por proximidade, outro surge se observada a jurisprudência recente do STJ sobre a temática: habitualmente a Corte Federal tem conferido interpretação aqueles postulados (ordem pública, soberania nacional e dignidade humana) que muitas vezes refletem uma especial preocupação com a garantia

¹⁰³¹ Idem, p. 215-219.

¹⁰³² DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Pág. 407-410.

procedimental do devido processo legal brasileiro, ou seja, com a integridade do procedimento externo à luz do interno naquilo que lhe é mais sensível e fundamental.

Nesses moldes, o STJ tem entendido nos últimos anos (2013 a 2022) que configura violação à ordem pública, à soberania e à dignidade: a ausência de citação do cônjuge em execução de hipoteca em violação ao contraditório (SEC 15.720¹⁰³³), a parcialidade do juízo estrangeiro configurado por algumas das hipóteses de suspeição ou impedimento pátrios (SEC 9.412¹⁰³⁴), quando não haja a completa certeza nas obrigações assumidas pelo réu em sentença, com a possibilidade de limitação da responsabilidade civil (SEC 7.693¹⁰³⁵), etc.

Em uma análise dos 173 (cento e setenta e três) acórdãos do STJ que versavam sobre a homologação de sentença estrangeira e que continham o caractere “ordem pública” nos últimos anos (2013 a 2022), em 10 (dez) deles o pedido homologatório foi julgado improcedente, sendo que na maioria deles (6 dos 10 casos) a circunstância fundamental do indeferimento do pleito se liga intrinsecamente à questões relativas ao devido processo legal, como a ausência de citação, a parcialidade do juízo e a determinação da sentença, como são as situações acima observadas.

Na maioria dos precedentes da corte que indeferem o pedido homologatório, desse modo, a invocação dos postulados de ordem pública, soberania nacional e dignidade humana ocorre ou para tutelar uma garantia processual não expressamente prevista no rol dos requisitos procedimentais para a homologação da sentença estrangeira ou como reforço a uma garantia processual que já resta ali constante, mas que precisa ser densificada para justificar a inibição ao reconhecimento da sentença externa.

Por assim ser, essas cláusulas, na jurisprudência recente do STJ, parecem servir mais à garantia do devido processo legal brasileiro (garantia procedimental) do que propriamente à proteção de valores éticos ou morais dessa sociedade (garantia axiológica), de modo que as sentenças estrangeiras parecem estar sendo mais submetidas a uma perquirição formal e de valores procedimentais do que de valores materiais.

Evidentemente, isso não importa firmar que o STJ tem se utilizado desses preceitos tão somente para conformar as sentenças estrangeiras às garantias procedimentais, muito menos que ele não poderia utilizá-los para tais fins, em prejuízo de um controle mais profundo sobre os valores da decisão a ser internalizada, mas sim o diagnóstico de uma tendência recente no procedimento homologatório, talvez

¹⁰³³ SEC n. 15.720/EX, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, julgado em 8/4/2019, DJe de 29/5/2019 – Superior Tribunal de Justiça.

¹⁰³⁴ SEC n. 9.412/EX, relator Ministro Felix Fischer, relator para acórdão Ministro João

Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 19/4/2017, DJe de 30/5/2017 – Superior Tribunal de Justiça.

¹⁰³⁵ SEC n. 7.693/EX, relator Ministro Raul Araújo, Corte Especial, julgado em 5/4/2017, DJe de 25/4/2017 – Superior Tribunal de Justiça.

mesmo pelo reconhecimento do relativismo de valores em âmbito mundial, de distanciamento do controle de valores em prol de uma maior efetivação de circunstâncias assecuratórias do processo.

Nesse ínterim, o procedimento de homologação de sentenças estrangeiras realizado pelo STJ, até pela deferência à jurisdição externa consubstanciada nos requisitos formais elencados em lei, se pauta na análise preponderantemente exercida sobre aspectos formais, com limitado exame de mérito. Há, contudo, uma tendência de abertura cognitiva, que se estabelece mediante os postulados de ordem pública, soberania nacional e dignidade humana, operando especialmente para a preservação das garantias que orbitam o devido processo legal.

Essas tendências possuem especial importância quando se trata da homologação de uma sentença coletiva, porque, como se verá, a identidade entre os sistemas processuais coletivos é de veras menor do que entre os processos individuais, o que nos leva a indagar, em um processo mais complexo e relevante, quais seriam as condições para a aceitabilidade das decisões transindividuais proferidas no estrangeiro, mormente quanto as circunstâncias que poderiam violar a ordem pública, a soberania nacional e a dignidade humana, pela incompatibilidade dos institutos estrangeiros com o devido processo legal brasileiro.

3. A VARIEDADE DA TUTELA E DO PROCESSO COLETIVO COMO POTENCIAIS ÓBICES AO

RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS COLETIVAS ESTRANGEIRAS

Diferente do que ocorre com o processo individual, cuja origem imemorial remonta ao próprio início do litígio e que, assim, já possui institutos maduros e reconhecidos a gerar naturalmente confluência e maior adaptabilidade intersistêmica (ideias tão básicas como representação, pressupostos para ação, formação da coisa julgada, etc.), o processo coletivo é um fenômeno com história e traços genuínos muito mais modernos e, logo, muito mais suscetível a variabilidade de tratamento entre ordenamentos jurídicos.

A sistematização do processo de tutela coletiva, com exceção dos Estados Unidos da América e alguns poucos outros polos, é um fenômeno bastante tardio e recente na maioria dos países do mundo, inclusive em nações tidas como desenvolvidas. Muitos países Europeus, por exemplo, apenas o regulamentaram no século XXI (Inglaterra em 2000, Suécia em 2003, Países Baixos em 2005, Noruega em 2008, Itália em 2010, França e Bélgica em 2014), enquanto outros por diversos fatores sequer possuem um adequado, suficiente e claro tratamento legal até os

dias de hoje (são os exemplos da Alemanha, Luxemburgo e Suíça¹⁰³⁶)¹⁰³⁷.

Além disso, em muitos deles, ainda que exista um sistema processual coletivo vigente, as ações coletivas são pouco ou raramente utilizadas. Na Itália, no período de 2008 a 2018, apenas 48 ações coletivas foram propostas (23 sequer foram admitidas)¹⁰³⁸; o mesmo problema atinge a França que entre 2014 e 2022 somente teve ajuizadas 20 demandas dessa natureza¹⁰³⁹, o que demonstra que a presença de uma legislação processual coletiva não estabelece automaticamente uma cultura jurídica coletiva em alguns países.

Essa realidade europeia se reproduz em algumas partes do globo, enquanto em outras a disciplina legal e a aceitação dos institutos coletivos é muito mais consolidada. Na América Latina, por exemplo, muitos países possuem sistemas para a tutela transindividual, embora alguns mais inspirados no modelo americano (caso da Colômbia¹⁰⁴⁰) e outros mais similares ao brasileiro (Chile, Peru, Uruguai, Argentina¹⁰⁴¹¹⁰⁴²). Por sua vez, noutros confins, tem-se desde uma completa ausência ou um embrionário sistema de tutela coletiva (Kuwait, Qatar e Escócia), até sistemas em desenvolvimento e incipientes (Japão e África do Sul¹⁰⁴³),

¹⁰³⁶ Na Suíça, contempla-se timidamente uma tutela inibitória coletiva (obrigação de fazer e não fazer), mas em geral a proteção coletiva se faz através de litisconsórcio. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 12º ed. São Paulo: Forense, 2018. Pág. 1171.

¹⁰³⁷ Linda S. Mullenix resume a situação europeia: “Throughout the twentieth century, virtually all European countries that had studied the American class action had rejected implementation of the class action as a part of domestic law. In the early twenty-first century, however, several European countries reconsidered their longstanding antipathy to the American class action. The EU Parliament in 2013 issued a Recommendation for Injunctive and Compensatory Collective Redress Mechanisms requesting that all EU countries—by 2017—implement some form of collective redress mechanism. In May 2018, the Commission issued a Report assessing the practical implementation of the Recommendation. The Commission’s study reveals that the 28 EU countries have developed a patchwork quilt of differing approaches to collective redress. Although many EU countries have undertaken legislative initiatives and implemented some of the Commission’s

recommendations, in a number of countries, several of the Commission’s principles have had little or no impact on domestic laws”. MULLENIX, Linda S. For the Defense: 28 Shades of European Class Action. In: UZELAC, Alan; VOET, Stefaan. *Class Action in Europe: Holy Grail or a Wrong Trail?*. Zagreb: Springer, 2021. Pág. 43.

¹⁰³⁸ CMS: Europe Class Action Report 2022, 2022, Disponível em: <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-to-european-class-actions/italy>. Acessado em: 25 de janeiro de 2023.

¹⁰³⁹ Les class actions en France et en Europe. *Toute L’Europe*, maio de 2013. Disponível em: <https://www.touteleurope.eu/fonctionnement-de-l-ue/les-class-actions-en-france-et-en-europe/amp/>. Acessado em: 25 de janeiro de 2023.

¹⁰⁴⁰ GIDI, Antonio. The recognition of U.S. class actions judgements abroad: the case of Latin America. *Brooklyn journal of international law*, Vol. 37, nº 3, p. 893-965, 2012, p. 934-935.

¹⁰⁴¹ Idem, Pág. 919/920

¹⁰⁴² Op. Cit. (Grinover), p. 1166/1167.

¹⁰⁴³ BROODRYK, Theo. An empirical analysis of class actions in South Africa. *Law, democracy and development*, Cape Town, V. 24, 2020. Disponível em: http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_

percebendo-se ainda sistemas mais consolidados e funcionais (Austrália, Israel e China¹⁰⁴⁴).

Como se não bastasse a existência de estágios diferentes de regramento, desenvolvimento e adesão cultural ao processo coletivo, os ordenamentos nacionais ainda se distinguem em muitos aspectos, especialmente em relação às matérias que podem ser objeto de tutela coletiva, os legitimados para a instauração do procedimento, o mecanismo de formação do grupo e de ingresso na ação, a relação do processo coletivo com o individual, a estabilização definitiva do provimento jurisdicional, os efeitos acessórios da decisão coletiva, além de evidentemente o iter processual em si (etapas, movimentações, recursos, etc.).

Embora sem o objetivo de aprofundamento em cada um desses temas, dado que qualquer um deles poderia merecer um trabalho de investigação monográfico próprio, é possível discernir e classificar alguns padrões que possibilitam aproximar ou distanciar os sistemas de tutela coletiva e, para os fins desse trabalho, ponderar o maior ou menor grau de internalização potencial de decisões estrangeiras, a partir de uma análise da compatibilidade desses padrões com o postulado essencial do devido processo legal brasileiro.

4. AS CONDIÇÕES PROCESSUAIS DE

HOMOLOGABILIDADE DAS SENTENÇAS COLETIVAS ESTRANGEIRAS A PARTIR DA ANÁLISE DAS CARACTERÍSTICAS DOS INSTITUTOS ESTRANGEIROS À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL BRASILEIRO

A singularidade do itinerário processual coletivo (etapas, movimentações, recursos, etc.), em si e a rigor, não pode significar uma obstrução a sua homologação. Eis que as particularidades procedimentais são intrínsecas ao próprio reconhecimento de qualquer sentença estrangeira, individual ou coletiva, uma vez que refletem precisamente o intercâmbio intersistêmico que a homologação aspira permitir: a atribuição de efeitos nacionais a uma sentença constituída sob o foro e os pormenores processuais estrangeiros.

Noutra via, a tutela coletiva é concebida não somente com um curso procedimental único, mas mediante variações sistemáticas que por vezes introduzem institutos especiais, os quais importam maior ou menor adaptabilidade e aceitabilidade à realidade jurisdicional alheia. É nesse intuito que, brevemente, se analisará a possibilidade de acomodar no nosso ordenamento, com lastro no devido processo legal brasileiro, as sentenças coletivas que dele destoem em virtude da diversidade da matéria coletivizável, da legitimidade para utilização dos seus instrumentos, dos mecanismos de

arttext&pid=S2077-49072020000100002.
Acesso em: 21 de janeiro de 2023.

¹⁰⁴⁴ LIEBMAN, Benjamin L. Class action litigation in China. *Harvard law review*, Vol. 111, 1523, 1998.

formação e integração ao grupo, bem como da coisa julgada em formação, por se entender que são assuntos mais problemáticos quando configurados para ingresso em outro campo jurídico.

4.1 A MATÉRIA COLETIVIZÁVEL

Como a tutela processual coletiva foi inaugurada a partir de arcaísmos, legais ou jurisprudenciais, muito recentes na maioria dos países que a possuem, é bastante raro que possa versar ilimitadamente sobre qualquer tipo de matéria dedutível no processo individual desses mesmos países, tendo geralmente restrições quanto ao objeto e ao pedido formulável. Rememora-se que no Brasil, logo em seus passos inaugurais no regime coletivo, a lei da ação civil pública elencava as matérias suscetíveis à discussão coletiva (art. 1º da Lei nº 7.347/85), que aos poucos foram se tornando exceções (art. 6º da Medida Provisória 2.180-35/01) até se

tornar praticamente obsoleta qualquer proibição.

Esse estado de coisas, coincidentemente ou não, é encontrado hoje em muitos países, ora porque a regulamentação somente permite certos tipos de causa coletiva, ora em razão da escassa certificação de entidades representativas. Assim, alguns países basicamente, e atualmente, só permitem o uso de instrumentos coletivos em ações de consumo (são os exemplos do Chile¹⁰⁴⁵, Finlândia¹⁰⁴⁶, Itália¹⁰⁴⁷, Japão¹⁰⁴⁸, etc.), outros estendem seu uso para questões de trabalho, empresariais e ambientais (Hungria, México¹⁰⁴⁹, Polônia, Rússia, etc.) e há aqueles que não impõem muitos limites a essa tutela (Brasil, Canadá, EUA, etc.)¹⁰⁵⁰.

Nesse ponto, como o sistema processual brasileiro permite quase irrestritamente o uso de ações coletivas, não haveria maiores transtornos em se homologar sentença estrangeira que, transindividualmente, trata sobre

¹⁰⁴⁵ CHILE. Lei 19.496, 1997. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=61438&idParte=8542532>. Acesso em: 20 de janeiro de 2023.

¹⁰⁴⁶ FINLÂNDIA. Lei 444, 2007. Disponível em: <https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2007/en/20070444.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2023.

¹⁰⁴⁷ ITÁLIA. Lei 12, 2019. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/04/18/19G00038/sg>. Acesso em: 20 de janeiro de 2023.

¹⁰⁴⁸ JAPÃO. Ato 96, 2013. Disponível em: <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/2727/en>. Acesso em: 21 de janeiro de 2023.

¹⁰⁴⁹ MÉXICO, Decreto, 2011. Disponível em: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=52

06904&fecha=30/08/2011#gsc.tab=0. Acesso em 20 de janeiro de 2023.

¹⁰⁵⁰ Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli é enfático ao apontar que, malgrado a regulamentação e o veto a certos dispositivos legais do microssistema processual coletivo tenham tentado limitar no Brasil o objeto da tutela coletiva, seja por esse sistema ser estruturado a partir do diálogo de diferentes diplomas, seja porque existem cláusulas que abrem as hipóteses de utilização dos instrumentos transindividuais (como o art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/1985, que possibilita a defesa de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” por meio de ação civil pública), não há matérias que não possam ser objeto desse tipo de tutela. MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123-127.

questões de consumo, empresarial, ambiental, social ou qualquer outra temática, sendo o processo brasileiro extremamente receptivo materialmente. Por outro lado, ao invertermos as posições, alguns países poderiam ter mais dificuldade em aceitar sentenças coletivas brasileiras, a despeito de isso não ser um óbice para a jurisdição brasileira admitir as suas decisões, porquanto o art. 26, §§ 1º e 2º, do CPC não exige a reciprocidade para a homologação da sentença estrangeira.

Com efeito, apenas se vislumbra a possibilidade de limitação material ao reconhecimento de sentença coletiva estrangeira nas mesmas hipóteses que essa mesma restrição existisse para a homologação de decisões individuais (imaginem-se, por exemplo, a discussão da aceitabilidade do *talaq*, com a concessão do divórcio após o pronunciamento dele por três vezes ou de certos direitos patrimoniais oriundos da Xaria Islâmica), de tal modo que a limitação material seria relativa ao próprio direito, não ao objeto da tutela coletiva.

4.2 A LEGITIMIDADE PARA A UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS COLETIVOS

A legitimidade para promover demandas representativas ou plurais recebe dos sistemas igualmente uma abordagem diversa, que se personaliza

em cada ordem legal. No Brasil, a lei atribui a legitimação extraordinária para representar em nome próprio direito alheio tanto a sujeitos individualmente, como a organizações privadas e a autoridades, órgãos e entidades públicas, conforme o rito procedimental e o provimento coletivo que se intenta obter. Assim, nosso ordenamento opera com uma legitimação muito ampla, com funções sobrepostas e alternativas, concorrentes e disjuntivas, que visam incentivar a tutela coletiva de direitos.

Curiosamente, o modelo clássico de tutela coletiva, o federal americano¹⁰⁵¹, bastante replicado ainda que com pequenas alterações ao redor do mundo (Austrália¹⁰⁵², Canadá, etc.), tem características muito diversas. É fundado na ideia de representação, isto é, num procedimento em que uma única pessoa ou um pequeno grupo agregado necessariamente representa um grupo maior, tanto que a certificação de uma “class action” presume que a formação do litisconsórcio multitudinário que materialmente integra a ação inviabilizaria processualmente a existência da própria demanda. Nesse sentido, é um subgrupo que representa o grupo¹⁰⁵³.

Há, entretanto, diferentes modos de conformação da legitimidade de representação de um grupo, uma classe ou uma comunidade. Há ordens jurídicas em que uma coletividade pode ser representada legitimamente por uma

¹⁰⁵¹ Processo federal americano porque nos Estados Unidos da América cada Estado possui sua lei processual.

¹⁰⁵² AUSTRÁLIA. Ato 156, 1976. Disponível em: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00342>. Acesso em 20 de janeiro de 2023.

¹⁰⁵³ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O Desenvolvimento das Ações Coletivas Estrangeiras e a Influência Exercida No Direito Processual Coletivo Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 940/2014, p. 89, Fev. 2014. Pág. 10.

única pessoa (ação popular portuguesa ¹⁰⁵⁴), ou aquelas em que apenas o grupo detentor do interesse em si pode estar em juízo (litisconsórcio ¹⁰⁵⁵); em outros a representação coletiva cabe primordialmente a entidades privadas (como ocorre prevalentemente na Áustria, Itália, Bélgica e França ¹⁰⁵⁶), ao modo que há países em que a regra é o exercício ao menos de função de controle por autoridades ou organizações públicas (China e Israel), além de ordenamentos que operam com legitimação alternada (México ¹⁰⁵⁷) ou com uma legitimação múltipla (como o brasileiro).

A bem da verdade, o modo de representação de um grupo, classe ou comunidade no estrangeiro em um provimento que se requer a homologação para produção de efeitos no Brasil também não parece ser um empecilho ao seu reconhecimento, máxime porquanto a ordem jurídica pátria, como quase nenhuma outra,

delega a possibilidade de representação da coletividade, em seus diversos procedimentos, a pessoas, grupos, entidades privadas e públicas, bem como autoridades estatais.

Entre todos, talvez o modelo de legitimidade norte estadunidense seja aquele que mais se afasta da legitimação extraordinária brasileira, ao propor que um grupo menor represente um maior, sem que haja completa identidade entre eles ¹⁰⁵⁸. Essa especificidade procedimental tão constante nos países de *common law*, contudo, é permanentemente acompanhada por um procedimento que privilegia os poderes judiciais para o controle da representação adequada, sendo, inclusive, estatuída na legislação federal americana como um dos requisitos essenciais para a ação de classe na regra 23 (a) (4), a qual determina que as partes representativas protejam de forma justa e adequada os interesses da classe ¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁴ PORTUGAL. Lei 83, 1995. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis. Acesso em 20 de janeiro de 2023.

¹⁰⁵⁵ Segunda Ada Pellegrini, na ausência de regras específicas e adequadas de tutela coletiva, alguns países como Áustria, Bélgica, Dinamarca, Japão, Rússia, Suíça e Paraguai se utilizam do litisconsórcio para algumas formas de tutela coletiva. Op. Cit. p. 1172/1173.

¹⁰⁵⁶ Idem, p. 1173.

¹⁰⁵⁷ Idem, p. 1174. “O México adota exclusivamente a legitimação privada para as causas agrárias, e somente a pública para a tutela do consumidor, com fortes críticas do relator nacional quanto ao último caso”.

¹⁰⁵⁸ Simard e Tidmarsh, em artigo que trata dos cidadãos estrangeiros nas ações coletivas americanas, traça um interessante histórico de evolução da jurisprudência norte-estadunidense

sobre a questão, revelando, apesar de tecer críticas e construir novas soluções, que atualmente prevalece a ideia derivada de dois precedentes (Bersch vs. Drexel Firestone Inc e Vivendi Universal S.A. Securities Litigation) chamada de consenso de Bersch-Vivendi que, em síntese, enuncia que quando o cidadão estrangeiro seja de um país que provavelmente não reconhecerá um julgamento americano ou acordo coletivo, os tribunais devem excluí-los de uma ação coletiva americana. Isso decorreria do elemento de “superiority” presente na regra 23 (b) (3) de processo federal americano. SIMARD, Linda Sandstrom; TIDMARSH, Jay. Foreign citizens in transnational class actions. *Cornell Law Review*, Vol. 97, 2011. Pág. 88-89.

¹⁰⁵⁹ EISENBERG, Theodore. The role of opt-outs and objector in class action litigation: theoretical and empirical issues. *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, 2004. Pág. 1530-1531.

Por conseguinte, o paradigma americano tem a pretensão de assegurar, por caminhos outros, isso é fato, as mesmas garantias idealizadas pelo devido processo legal coletivo brasileiro (representação adequada, justa e eficiente do grupo, classe ou comunidade), não havendo qualquer razão para negar efeitos à sentença estrangeira coletiva oriunda de ação ofertada por grupo representativo devidamente validado pelo procedimento e pela autoridade judiciária externa, ainda mais quando seja notória a preocupação e a qualidade dessa validação¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁶⁰ Nesse sentido, Basset, ao escrever sobre ações coletivas transnacionais na jurisdição americana assenta a necessidade de uma garantia ainda mais profunda e adaptada do devido processo legal americano quando houverem potenciais lesados estrangeiros. Isso porque os regramentos que permitem sua observância (*notice, opportunity to be heard, adequate representation, opportunity to opt-out*) acabam por serem mitigados ante as dificuldades de comunicação e contato com esses sujeitos. Assim, tecendo críticas a jurisprudência americana (Phillips Petroleum Co. v. Shutts), assevera a necessidade de se assegurar qualificadamente a “adequate representation”, a “focused court review” e “cover letters” como condição para a consolidação do devido processo legal em tais situações. BASSET, Debra Lyn. U.S. Class Actions Go Global: Transnational Class Actions and Personal Jurisdiction. *Fordham Law Review*, Vol. 72., 2003.

¹⁰⁶¹ Um questionamento que poderia surgir seria a da possibilidade do próprio estrangeiro legitimado a promover a ação coletiva requerer a homologação da sentença coletiva estrangeira no Brasil. O art. 216-C do RISTJ aduz que “a homologação da sentença estrangeira será proposta pela parte requerente (...)”, sem especificar precisamente quem seriam os legitimados para o procedimento. Apesar da

Para a internalização da sentença coletiva estrangeira, o art. 960 do CPC e o art. 216-C do RISTJ não criam maiores obstáculos à legitimidade. O processo coletivo brasileiro, para além de facultar a vários atores o início do cumprimento do julgado, concebe a possibilidade de execução individual de sentença coletiva (art. 97 da Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor), abrangendo implicitamente também uma legitimação ampla para suscitar a homologação de uma sentença coletiva externa¹⁰⁶¹. Afinal, seria contrassenso possibilitar uma legitimação extraordinária ampla à execução, sem

controvérsia sobre a possibilidade de uma autoridade pública estrangeira, em nome de Estado Estrangeiro, assim requerer, não seria absurdo conceber ao menos a possibilidade de uma entidade privada estrangeira, que representou/substituiu algum brasileiro ou com interesse direto em alguma espécie de provimento no Brasil, requerer essa homologação. O art. 75, X, do CPC, reconhece algum grau de legitimidade a pessoa jurídica estrangeira para integrar um processo judicial brasileiro e, em geral, o STJ tem conferido interpretação ampla a esse dispositivo para que a pessoa possa de fato integrar a lide, “considerando-se que a finalidade destes dispositivos legais é facilitar a citação da pessoa jurídica estrangeira no Brasil, tem-se que as expressões “filial, agência ou sucursal” não devem ser interpretadas de forma restritiva, de modo que o fato de a pessoa jurídica estrangeira atuar no Brasil por meio de empresa que não tenha sido formalmente constituída como sua filial ou agência não impede que por meio dela seja regularmente efetuada sua citação.” (HDE 410/EX, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2019, DJe 26/11/2019) (REsp 1568445/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro RIBEIRO DANTAS, Terceira Seção, julgado em 24/06/2020, DJe 20/08/2020)” (AgRg no REsp n. 1.982.698/DF, relator Ministro

albergar uma legitimação extraordinária ampla à solicitação de homologação.

4.3 OS MECANISMOS DE FORMAÇÃO DO GRUPO, INTEGRAÇÃO À AÇÃO COLETIVA E ESTABILIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Na concepção de qualquer sistema de tutela coletiva, uma das principais dificuldades que se apresentam é de como fazer os membros de uma dada coletividade materialmente existente se incorporarem processualmente, direta ou indiretamente, na demanda que aproveita aquele grupo, classe ou comunidade. Em outras palavras, como converter a relação jurídica material na relação jurídica processual e vice-versa, sem que isso não acarrete a inviabilidade da causa em si nem violação às garantias naturais de participação.

Há uma tensão entre um viés mais pragmático e um viés mais garantista. Por essa razão, a depender exatamente do peso conferido a esses vieses, alguns sistemas coletivos operam integrando os sujeitos à lide

com a exigência da sua agregação efetiva (que resulta num incremento garantista em detrimento do pragmatismo) ou com a flexibilidade da sua participação presumida (que resulta num incremento pragmático em detrimento do garantismo). São os sistemas de *opt-in* e de *opt-out*.

No *opt-in*, as regras do processo coletivo exigem a vontade expressa de inclusão para que alguém possa dele fazer parte (mais comum em países de *civil law*, estando presente no Argentina, França, Itália, etc), enquanto no *opt-out* os membros da classe são presumivelmente representados por ela em juízo, salvo se optarem expressamente pela sua exclusão (mais comum em países de *common law*, estando presente nos EUA, Canadá, Holanda, Portugal, etc.)¹⁰⁶². Há também sistemas que se utilizam das duas técnicas circunstancialmente (Israel, Noruega e Suécia)¹⁰⁶³.

Há vantagens e desvantagens em cada um dos modelos: o *opt-in* assegura a participação no processo coletivo apenas aqueles que concretamente aceitem estar em juízo, sem que sejam automaticamente vinculados a classes,

Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 18/3/2022.). E ainda que “a pessoa jurídica estrangeira pode se fazer representar, ativa ou passivamente, em juízo no Brasil por agência, filial ou sucursal, nos termos do art. 75, X, do CPC/2015. Admite-se, contudo, a representação pela existência de estabelecimento de pessoa jurídica estrangeira no Brasil, qualquer que seja o nome e a situação jurídica desse estabelecimento, ainda que não sejam formalmente a mesma pessoa jurídica. Precedentes: (HDE 410/EX, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 20/11/2019, DJe 26/11/2019)” (HDE n. 1.692/EX,

relator Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, julgado em 16/12/2020, DJe de 18/12/2020.).

¹⁰⁶² Op. Cit (Grinover), p. 1178/1179.

¹⁰⁶³ Op. Cit (Grinover), p. 1178/1179. “Via de regra, nesses países a preferência vai ao *opt in*, deixando o *opt out* para casos residuais, sobretudo para questões de pequeno valor econômico, em que é diminuto o interesse dos membros do grupo em ingressarem no processo”.

aos advogados ou aos efeitos que não pretendem ou não conhecem, o que favorece a liberdade e o contraditório processual; o *opt-out*, por sua vez, torna mais fácil litigar coletivamente, pois se filia a um procedimento que permite que as pessoas participem de uma demanda coletiva sem praticar qualquer ato e conjuntamente com todo o grupo, o que incrementa o acesso à justiça e a eficiência procedimental¹⁰⁶⁴.

No ordenamento brasileiro, há uma estreita correlação entre os mecanismos de formação do grupo e integração à lide com a consolidação da coisa julgada coletiva face aos seus indivíduos. Nesse regime, a coisa julgada tem efeitos: gerais (*erga omnes*) quando a pretensão é difusa, para a classe (*ultra partes*) quando a pretensão é coletiva, e para aqueles que aderiram ao processo quando a pretensão for individual homogênea (art. 103 do CDC). Assim, em virtude dos efeitos da coisa julgada e da natureza do direito, a discussão sobre o regime *opt-in* e *opt-out* se vê basicamente reduzida às pretensões de direitos individuais homogêneos (inc. III).

Nessa situação, sobretudo em razão da vulnerabilidade judicial de boa parte da sua população, no sistema processual brasileiro, houve a concepção de uma sistemática singular que preza pela preservação das situações jurídicas individuais. Nesse ínterim, a sentença coletiva somente produz efeitos nos processos individuais

*secundum eventum litis*¹⁰⁶⁵, isto é, apenas a procedência do pedido gera uma coisa julgada que atinge aqueles processos. Sua improcedência, conquanto em regra obste a propositura de outra ação coletiva, não impede o ajuizamento e a continuidade de demandas individuais.

Para a produção de efeitos da sentença coletiva no processo individual, a legislação impõe a suspensão (art. 104 do CDC) ou a desistência (art. 22, § 1º, da Lei nº 12.016/2009) da ação individual (uma espécie de adesão ao processo coletivo) no prazo de 30 (trinta) dias. A ciência da macrolide, no entanto, deve ser inequívoca, sem a qual a coisa julgada continua a lhe produzir efeitos positivos (REsp n. 1.593.142/DF, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 7/6/2016, DJe de 21/6/2016.)

O sistema processual coletivo brasileiro é, portanto, extremamente protetivo, filiando-se, no ponto da adesão após a notificação, as ideias do mecanismo *opt-in*, mas possibilitando a produção de efeitos favoráveis advindos de uma sentença coletiva a todos que se encontrem na mesma situação fático-jurídica (lembrando aqui um sistema *opt-out*), desde que não tenham tido efetiva ciência da existência da ação coletiva ou que, assim possuindo, tenha suspenso ou desistido do seu processo, o qual, inclusive, continua seu curso ou pode ser reproposto no caso de

¹⁰⁶⁴ MULHERON, Rachael. *The class action in common law legal systems: a comparative perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 37.

¹⁰⁶⁵ Saliente-se aqui que se fala apenas “nos processos individuais” porque no processo

coletivo de direito coletivo em sentido estrito (não passível de individualização) os efeitos da coisa julgada são *secundum eventum probationis* (art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor).

sentença desfavorável. Em outras palavras, é um sistema que foge a típica dualidade *opt-in/opt-out*¹⁰⁶⁶, mas que, em regra, a adesão ao processo coletivo somente pode gerar efeitos favoráveis¹⁰⁶⁷.

Logo se vê que o devido processo legal coletivo brasileiro, fundado com base na hipossuficiência jurídica, econômica e social do seu povo, é fundamentalmente garantista. Mais, é fundamentalmente garantista na tutela dos direitos de participação e na formação da coisa julgada, não apenas imprimindo uma exigência de ciência e opção expressa pelo processo coletivo (em especial, nas causas de direitos individuais homogêneos), como o

atribuindo, em linhas gerais, somente efeitos benéficos à coletividade amparada¹⁰⁶⁸.

Fundamentalmente, pois, é inerente ao devido processo legal coletivo brasileiro a necessidade de que sua tutela se preste à produção de efeitos positivos à coletividade. Essa sua faceta garantista parece operar como um “filtro” que controla os efeitos jurídicos dos provimentos externos, traduzindo-os internamente somente naquilo que seja benéfico à coletividade, motivo pelo qual, pela irradiação das garantias assecuratórias procedimentais brasileiras, nem toda sentença coletiva estrangeira seria plenamente homologada¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁶ Há quem defenda, por exemplo, que o sistema brasileiro é predominantemente de *opt-out*. Veja-se, por todos, Juliana Provedel Cardoso em obra monográfica própria. CARDOSO, Juliana Provedel. O modelo brasileiro de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodium, 2018. Pág. 161/164. Particularmente, no entanto, entende-se que o sistema brasileiro de ações coletivas, até pela não obrigatoriedade do *notice*, e da necessidade de adesão expressa quando existe, não se filia propriamente ao sistema de *opt-out*, sendo até mais próximo ao sistema de *opt-in*.

¹⁰⁶⁷ Além disso, como explica Antonio Gidi, “Further, Brazil does not have an opt-out form of class action. The absence of a right to opt out is explained by the fact that class members do not need to opt out of the class in Brazil because their individual rights would never be bound by a class judgment or settlement. The opt-out device is only justified in a system in which the class judgment is binding on absent class members, regardless of whether the case’s ultimate outcome is favorable or not to the class. Therefore, an opt-out system is incompatible with Brazil’s system of *res judicata secundum eventum litis*. Where absent members will not be

bound by an unfavorable outcome, they need not exclude from the class.” Op. Cit., Pág. 941.

¹⁰⁶⁸ Faz-se apenas exceção a regra do art. 103, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que possibilita produção de efeitos negativos nas demandas de direito individual homogêneo quando o haja expressa adesão individual à demanda coletiva.

¹⁰⁶⁹ CUNHA, Marcelo Garcia da. *Homologação de decisões proferidas em class actions norte-americanas: possibilidades e limites frente ao sistema processual nacional*. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 217. Pág. 22-23. Particularmente, entende-se que o juízo adequado para aferir e obstaculizar os efeitos negativos da sentença coletiva estrangeira desfavorável ao grupo, classe ou comunidade é o próprio juízo homologatório. É que, como se viu, embora o procedimento de reconhecimento de sentença estrangeira possua uma cognição limitada, os postulados de ordem pública, soberania nacional e dignidade humana podem abri-la, nos moldes da jurisprudência do STJ, ao controle procedimental reforçado ou estendido dos requisitos dos arts. 963 e 964 do CPC e do devido processo legal, inclusive o coletivo. Para além disso, seria pouco prático discutir casuisticamente (em cada ação individual) a

Dentro das premissas formuladas que traduzem os ideais do devido processo legal coletivo brasileiro, que são concretizados através do uso dos postulados da ordem pública, soberania nacional e dignidade humana como filtro procedimental protetivo, duas são as consequências diretas disso para o processo de homologação de sentenças coletivas estrangeiras: (i) que decisões estrangeiras favoráveis ao grupo, classe ou comunidade dificilmente terão qualquer resistência quanto ao seu reconhecimento; (ii) que decisões estrangeiras desfavoráveis ao grupo, classe ou comunidade muito possivelmente não serão homologadas nacionalmente ou terão seus efeitos adstritos (a impedir e extinguir apenas ações coletivas, sem efeitos perante pretensões individuais)¹⁰⁷⁰.

É que, sob o prisma jurídico interno, a sentença coletiva estrangeira contrária aos interesses do grupo, classe ou comunidade não produz coisa julgada para as ações individuais, sendo que o art. 216-D, III, do RISTJ, impõe como requisito para a homologação da sentença estrangeira que ela tenha transitado em julgado. Se no estrangeiro ela pode ter formalmente transitado em julgado, no Brasil esse requisito não

seria atendido plenamente, pelo que lhe restaria no máximo a possibilidade de homologação parcial para impedir outra ação coletiva, sem efeitos perante os indivíduos da classe.

Ainda se poderia apontar que a sentença coletiva estrangeira desfavorável ao grupo, classe ou comunidade não poderia ser homologada em sua totalidade sob pena de ofensa a outros dispositivos legais e constitucionais. Primeiro, ao art. 963, IV, do CPC, pela violação, se não a uma coisa julgada formada num processo específico, à concepção da “coisa julgada brasileira” coletiva. Segundo, a garantia constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI), cujos pressupostos de formação coletiva são delimitados pela legislação, mas com assento constitucional, precipuamente quando objetivam a proteção do brasileiro processualmente vulnerável.

Consequentemente, as condições de homologabilidade da sentença coletiva estrangeira dependem especialmente do mecanismo de integração ao grupo e à lide (*opt-in* e *opt-out*) e, sobretudo, do regime externo da coisa julgada coletiva, os quais, em face do devido processo legal coletivo brasileiro, expresso nas cláusulas de

ausência de efeitos de um provimento coletivo estrangeiro, quando no próprio juízo homologatório esses poderiam ser genericamente rejeitados, rememorando-se que isso sequer implicaria necessariamente na improcedência total do pedido homologatório que, quanto a outros efeitos, poderiam ser reconhecidos por força do art. 961, § 2º, do CPC, que possibilita a homologação parcial da sentença estrangeira.

¹⁰⁷⁰ Antonio Gidi, no cotejo da possibilidade de uma sentença de *class action* americana poder

vir a ser homologada em países da América latina, logo percebe a dificuldade de qualquer decisão americana exigir que membros estrangeiros da América latina possam adotar qualquer ato no procedimento americano, sob pena de caducidade de seu direito de perseguir ações individuais. Assim, afirma que essa exigência atentaria de uma vez o devido processo legal das constituições latinas e o devido processo legal americano. Op. Cit., p. 943/944.

ordem pública, soberania nacional e dignidade humana, necessitam de certos temperamentos e adequações. Assim, resumidamente, conforme os mecanismos de integração e a coisa julgada, se pode delinear as seguintes situações de homologação e, ante as premissas formuladas, as suas possíveis soluções:

(a) Se o ordenamento estrangeiro adota o *opt-in* e a coisa julgada é favorável à coletividade: a sentença coletiva estrangeira deve ser reconhecida para todos aqueles que optaram pela adesão ou que, não tendo ciência anterior da ação coletiva estrangeira, poderiam gozar de seus efeitos, em simetria com nosso sistema de notificação;

(b) Se o ordenamento estrangeiro adota o *opt-in* e a coisa julgada é desfavorável à coletividade: a sentença coletiva estrangeira somente poderá ser homologada parcialmente, visando impedir ou extinguir outras ações coletivas, não possuindo efeitos sobre os sujeitos individualmente considerados, salvo se comprovado a adesão e a participação individual efetiva no processo coletivo estrangeiro em demanda de direito individual homogêneo;

(c) Se o ordenamento estrangeiro adota o *opt-out* e a coisa julgada é favorável à coletividade: a sentença coletiva estrangeira deve ser reconhecida para todos aqueles que dela possam gozar de seus efeitos, independentemente de qualquer adesão prévia ou ciência;

(d) Se o ordenamento estrangeiro adota o *opt-out* e a coisa julgada é desfavorável à coletividade: a sentença

coletiva estrangeira somente poderá ser homologada parcialmente, visando impedir ou extinguir outras ações coletivas, não possuindo efeitos sobre os sujeitos individualmente considerados, salvo se comprovado a participação individual efetiva no processo coletivo estrangeiro em demanda de direito individual homogêneo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de configuração procedimental brasileiro de homologação das sentenças estrangeiras, naturalmente, é muito mais vinculado aos contornos do processo individual do que ao processo coletivo, até mesmo porque a quase totalidade das decisões que, histórica e atualmente, são objeto de pedido de homologação são dessa natureza. É por isso que os regramentos e princípios gerais da homologação, embora *prima facie* aplicáveis, necessitam ser redimensionados conforme os postulados e as singularidades do processo coletivo.

Embora não exista na jurisprudência do STJ nenhum caso em que a corte efetivamente se aprofundou na análise da homologabilidade das sentenças estrangeiras coletivas (uma vez que a Sentença Estrangeira Contestada nº 8.542 - apelidado de “Caso Chevron” teve uma análise deliberatória negativa), não há vedação legal ou jurisprudencial para o uso do procedimento para tal fim, devendo-se reconhecer, no entanto, que os postulados de ordem pública, soberania nacional e dignidade humana, previstos

para a preservação de ideais nacionais, servem como um mecanismo de adaptabilidade intersistêmica.

Da análise dos 173 (cento e setenta e três) acórdãos do STJ entre 2013 e 2022 que versavam sobre a homologação de sentença estrangeira sob a perspectiva dos postulados de ordem pública, soberania nacional e dignidade humana, percebe-se uma clara tendência de sua utilização como reforço ou extensão das garantias procedimentais (requisitos formais) já previstos em lei (nos arts. 963 e 964 do CPC, e art. 216-D do RISTJ). Em outras palavras, a corte tem recentemente conferido aos postulados uma função protetiva do devido processo legal brasileiro (garantia procedimental).

Isso é de especial importância quando do intercâmbio de sentenças coletivas, porquanto os sistemas processuais coletivos, além de serem relativamente recentes ao redor do globo, são consideravelmente variáveis quanto às matérias que podem ser objeto de tutela coletiva (limitadas ou ilimitadas), os legitimados para a instauração do procedimento (indivíduo, grupo, entidades privadas, autoridades públicas, etc.), o mecanismo de formação do grupo e de ingresso na ação (*opt-in* e *opt-out*), a relação do processo coletivo com o individual, a estabilização definitiva do provimento jurisdicional (*pro et contra*, *secundum eventum litis*, etc.), os efeitos acessórios da decisão coletiva, além evidentemente do iter processual em si (etapas, movimentações, recursos, etc.).

Nesse sentido, conquanto a singularidade do itinerário processual

coletivo (etapas, movimentações, recursos, etc.), em si e a rigor, não impeça a homologação de suas sentenças, já que as particularidades procedimentais são intrínsecas ao próprio reconhecimento de qualquer sentença estrangeira, individual ou coletiva, identificou-se na matéria, na legitimação, no mecanismo de integração no grupo e na ação e na coisa julgada coletiva eventuais pontos problemáticos para a homologação da sentença coletiva estrangeira à luz do devido processo legal brasileiro.

Assim analisados, para o reconhecimento de sentenças estrangeiras coletivas no Brasil, concluiu-se que as distinções quanto à matéria e à legitimidade não seriam obstáculos à homologação, sobretudo porque o sistema processual coletivo brasileiro opera com uma legitimação extraordinária ampla, com funções concorrentes e disjuntivas que visam incentivar a tutela coletiva de qualquer espécie de direito, havendo, atualmente, no ordenamento pátrio, poucas matérias que não podem ser deduzidas em sede coletiva.

Os mecanismos de integração ao grupo e a ação, bem assim a formação da coisa julgada coletiva estrangeira, doutro lado, podem constituir óbices à internalização das sentenças externas, uma vez que o sistema processual coletivo brasileiro, vocacionado a proteção da hipossuficiência jurídica, econômica e social do seu povo, tem pouca tolerância a produção de uma coisa julgada coletiva desfavorável ao grupo, à classe ou à comunidade, sendo, inclusive, a formação da coisa julgada requisito formal expresso no art. 216-D,

III, do RISTJ, para a homologação de qualquer sentença.

O devido processo legal coletivo brasileiro, expresso nas cláusulas de ordem pública, soberania nacional e dignidade humana, exige certas adequações e condições à homologação das sentenças estrangeiras coletivas. Conclui-se, nessa toada, que é condição de homologabilidade da decisão coletiva externa ser ela favorável ao grupo, à classe ou à comunidade, podendo seus efeitos atingirem a integralidade da classe (regime jurídico da sentença no estrangeiro – *opt-out*), ou apenas os aderentes da classe (regime jurídico no estrangeiro – *opt-in*) e os membros ausentes quando não cientes (regime brasileiro). Assim não sendo (sentença coletiva estrangeira desfavorável), ou nas partes da decisão que assim não forem, a sentença, em regra, apenas poderá ser reconhecida para impedir ou extinguir ações coletivas ou para surtir efeitos acessórios, não obstando a continuidade de pretensões individuais no Brasil.

REFERÊNCIAS

- BASSET, Debra Lyn. U.S. class actions go global: transnational class actions and personal jurisdiction. *Fordham Law Review*, Vol. 72., 2003.
- BORGES, Orlando Francisco; CARDOSO, Juliana Provedel; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas transnacionais para tutela de danos ambientais: Caso Chevron (STJ, HSE 8.542). *Revista de Direito Ambiental*, vol. 84, p. 187-213, 2016.
- BROODRYK, Theo. An empirical analysis of class actions in South Africa. *Law, democracy and development*, Cape Town, V. 24, 2020. Disponível em: http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2077-49072020000100002. Acesso em: 21 de janeiro de 2023.
- CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodium, 2018.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 940/2014, p. 89, Fev. 2014.
- CUNHA, Marcelo Garcia da. *Homologação de decisões proferidas em class actions norte-americanas: possibilidades e limites frente ao sistema processual nacional*. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 217.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- EISENBERG, Theodore. The role of opt-outs and objector in class action litigation: theoretical and empirical issues. *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, p. 1529-1567, 2004.
- FRÖNER, Felipe. Ação de homologação de sentença estrangeira: funcionalidades e cognição. *Revista da AJURIS*, V. 40, nº 130, p. 191-222, 2013.

- GIDI, Antonio. The recognition of U.S. class actions judgements abroad: the case of Latin America. *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 37, nº 3, p. 893-965, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 12º ed. São Paulo: Forense, 2018.
- LIEBMAN, Benjamin L. Class action litigation in China. *Harvard Law Review*, Vol. 111, 1523, 1998.
- MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MULHERON, Rachael. *The class action in common law legal systems: a comparative perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- MULLENIX, Linda S. For the Defense: 28 Shades of European Class Action. In: UZELAC, Alan; VOET, Stefaan. *Class action in Europe: holy grail or a wrong trail?*, Zagreb: Springer, 2021.
- SIMARD, Linda Sandstrom; TIDMARSH, Jay. Foreign citizens in transnational class actions. *Cornell Law Review*, Vol. 97, 2011.

ASPECTOS PRÁTICOS SOBRE O PROCESSO DE MEDIAÇÃO NO ÂMBITO JUDICIAL: UM CAMINHO RACIONAL RUMO À AUTOCOMPOSIÇÃO.¹⁰⁷¹

PRACTICAL ASPECTS ABOUT THE MEDIATION PROCESS IN THE JUDICIAL SCOPE: A RATIONAL PATH TOWARDS SELF-COMPOSITION

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor universitário da graduação na Universidade de Fortaleza e da pós-graduação em diversas Instituições de Ensino Superior. Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Superintendente da Área Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. E-mail: nilsiton_aragao@hotmail.com.

RESUMO: O artigo analisa a importância do respeito às etapas do processo de mediação para uma gestão racional dos conflitos, que potencialize soluções criativas e ganhos recíprocos. No contexto jurídico contemporâneo, ainda persiste um entendimento equivocado de que o estímulo à autocomposição é uma atividade simplista e desprovida de técnica, como se uma mera conversa amigável com as partes, em que se espera que abandonem a litigiosidade e entrem em uma negociação cooperativa de modo espontâneo. No entanto, abordagens pautadas nesse entendimento não colaboram efetivamente para a construção de acordos. Demonstra-se, com efeito, que a mediação e a conciliação constituem atividades dotadas de elevada complexidade e guiadas por métodos e técnicas próprios, as quais devem ser observadas para garantir maior efetividade. Entre os diversos aspectos do estímulo à autocomposição,

destacam-se os estágios que devem ser percorridos pelas partes durante as sessões para potencializar uma solução consensual. A compreensão do processo e da finalidade de cada estágio ajuda as partes a perceberem que o conflito foi abordado amplamente e que os aspectos e opções mais relevantes foram suficientemente abordados antes de se caminhar para uma decisão. Observar as etapas do processo é importante, porque cada um representa um passo específico para as partes progredirem com vistas à resolução do conflito, de modo racional, entendendo o que está ocorrendo, o que esperar a seguir e como se preparar para cada etapa. O ensaio sob relação reporta-se a esta indagação, central na pesquisa: qual a importância de seguir as etapas do processo de mediação para potencializar a autocomposição judicial? A abordagem é qualitativa, com suporte em revisão de literatura. Conclui-se que o respeito ao processo

¹⁰⁷¹ Artigo recebido em 25/04/2023 e aprovado em 28/11/2023.

de mediação influi positivamente na propensão das partes para a realização de acordos. O procedimento foi organizado em cinco etapas: pre-mediação, preparação e declaração de abertura; reunião de informações; identificação e esclarecimento de questões, interesses e sentimentos; resolução de questões; registro das soluções.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão consensual de conflitos; processo de mediação; justiça multiportas; mediação judicial; autocomposição.

ABSTRACT: The article analyzes the importance of respecting the stages of the mediation process for a rational management of conflicts, which enhances creative solutions and reciprocal gains. In the contemporary legal context, there still persists a mistaken understanding that encouraging self-composition is a simplistic activity devoid of technique, as if a mere friendly conversation with the parties, in which they are expected to abandon litigation and enter into a cooperative negotiation of spontaneous way. However, approaches based on this understanding do not effectively collaborate for the construction of agreements. Indeed, it is demonstrated that mediation and conciliation are highly complex activities guided by their own methods and techniques, which must be observed to ensure greater effectiveness. Among the various aspects of stimulating self-composition, the stages that must be covered by the parties during the sessions to enhance a consensual solution stand out.

Understanding the process and purpose of each stage helps the parties to perceive that the conflict has been broadly addressed and that the most relevant aspects and options have been sufficiently addressed before moving towards a decision. Observing the stages of the process is important, because each represents a specific step for the parties to progress towards resolving the conflict in a rational way, understanding what is happening, what to expect next and how to prepare for each stage. The related essay addresses this question, which is central to the research: what is the importance of following the stages of the mediation process to enhance judicial self-composition? The approach is qualitative, supported by a literature review. It is concluded that respect for the mediation process positively influences the propensity of the parties to reach agreements. The procedure was organized into five stages: pre-mediation, preparation and opening statement; information gathering; identification and clarification of issues, interests and feelings; issue resolution; record of solutions.

KEYWORDS: Consensual Conflict Management; Mediation Process; Multi-Port Justice; Judicial Mediation; Agreement.

INTRODUÇÃO

No contexto jurídico contemporâneo, persiste um entendimento equivocado de que o estímulo à autocomposição é uma atividade simplista e desprovida de técnica. Muitos juristas continuam com uma visão equivocada de que constitui uma mera conversa amigável com as partes, em que se espera que abandonem a litigiosidade e entrem em uma negociação cooperativa de modo espontâneo.

Essa percepção limitada e superficial do papel do mediador e do conciliador, contudo, não retrata a realidade da autocomposição. Conforme é cediço, mediação e conciliação conformam atividades dotadas de alçada complexidade e guiadas por métodos e técnicas próprias, que exigem uma série de habilidades e competências específicas.

Essas ideias dissonantes do estímulo à autocomposição constituem-se com suporte na falta de conhecimento ou de uma compreensão superficial sobre a matéria, e decorre de experiências vivenciadas em “pseudoconciliações”, que eram - e ainda são - realizadas em muitos processos. Estas práticas rudimentares,

no entanto, não atendem aos mais basilares fundamentos e técnicas que integram a gestão consensual dos conflitos, resumindo-se, muitas vezes, a um mero questionamento sobre a existência de acordo que tenha sido previamente negociado.

Assim, ainda que as audiências de mediação e de conciliação tenham passado a integrar o cotidiano dos profissionais da área jurídica, a forma de atuação dos mediadores e conciliadores ainda é incompreendida por muitos, dificultando e limitando o sucesso das intervenções. Os dados estatísticos monitorados pelo Conselho Nacional de Justiça apontam uma estagnação no estímulo à autocompositiva judicial.¹⁰⁷² Ainda que sejam vários os motivos para os resultados ainda tímidos da Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, certamente, a baixa compreensão sobre os institutos que integram o sistema de autocomposição judicial é um elemento relevante, realidade que ressalta a importância e atualidade do tema sob exame.

Entre os diversos aspectos do estímulo à autocomposição, destacam-se os estágios que devem ser percorridos pelas partes durante as sessões para potencializar uma solução consensual. O entendimento da metodologia que compõe o estímulo

¹⁰⁷² O “índice de conciliação” que era de 11,1%, em 2015 e passou para 11,9%, em 2021, uma variação 0,8% que aponta mais para um quadro de estabilidade do que para o de incremento. Ainda que se considere a média dos últimos 6 anos, quando o número é de 12,4, a variação de 1,4% ainda é consideravelmente tímida e traduz um contexto de estagnação. Mesmo quando se verifica a questão por outro ângulo, focando no

volume de sentenças homologatórias de acordos, o resultado é praticamente o mesmo. Tomando como base o ano de 2015, foram registradas 2.987.623 decisões dessa natureza, passando para 3.114.462 em 2021, ou seja, um crescimento de apenas 4,2%. (Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>).

técnico à autocomposição envolve diversos elementos. No recorte epistemológico proposto para este experimento foi escolhido o processo de mediação. Outros aspectos dessa atividade, como os princípios, os formatos de intervenção e as técnicas, por exemplo, ainda que mencionadas perifericamente, não compõem o objeto do estudo.

É nesse sentido que o presente estudo intenta responder a esta indagação de pesquisa: - *qual a importância de seguir as etapas do processo de mediação para potencializar a autocomposição judicial?* Com este desiderato, foi realizada uma pesquisa, cuja abordagem é qualitativa, com suporte em revisão de literatura.

1. UM CAMINHO RACIONAL PARA A AUTOCOMPOSIÇÃO

O estímulo à autocomposição não deve ser conduzido aleatoriamente, esperando que o acordo surja de modo fortuito, como algo acidental ou espontâneo. Se, até certo momento, não foi possível para as partes a solução direta do conflito em face de obstáculos de ordem variada, é preciso auxiliá-las a superar tais barreiras para que progridam rumo a uma solução consensual.

Esse incentivo à autocomposição deve ter método. A ausência de um mínimo de frodalidade implicaria um ambiente favorável à desordem e fadado ao insucesso, realidade tão prejudicial ao desenvolvimento do diálogo quanto a rigidez formal exagerada. É necessário disponibilizar às partes uma estrutura

simples, mas dotada de clareza e sistematicidade, para que o gerenciamento consensual do conflito ocorra de maneira organizada.

Nessa compreensão, com esteio em experiências práticas de mediação e conciliação, hoje se reconhece a existência de alguns caminhos mais eficientes do que outros para se chegar a um acordo. Não se trata de manipular ou coagir as partes, mas disponibilizar uma trilha racional que os guie no debate sob uma perspectiva mais produtiva, colaborativa e resolutive. Isso potencializa a comunicação e a negociação, por meio de uma sequência de passos que enseja aprofundar e organizar as ideias, melhorando a compreensão do conflito e de suas possíveis soluções.

Em tal direção, pois, é que se reporta ao “processo de mediação” ou “processo de conciliação” ou “processo autocompositivo”, ou, ainda, a dicções similares, em que se substitui o vocábulo “processo” pela unidade ideativa “procedimento”. Como se percebe, existe variação terminológica, o que não é propriamente um problema, pois todas transmitem a mesma noção essencial. Há uma predominância no emprego da expressão “processo de mediação”, funcionando como uma espécie de metonímia para se referir a todas as realidades. Registrado esse ponto, passa-se a utilizar a dicção, genericamente, daqui em diante.

É preciso ter cautela ao demandar, na literatura jurídica, um conceito para a palavra “processo”, pois, normalmente, estará empregado como processo

jurisdicional.¹⁰⁷³ Não é o caso. Ao falar em “processo” no âmbito da autocomposição, a ideia é de um conjunto de atos ordenados em estágios lógicos e sequenciais, com o objetivo de atingir a solução consensual de um conflito. De efeito, há, efetivamente, um “processo”.¹⁰⁷⁴

Como se observa, a noção de processo de mediação distancia-se em diversos aspectos da definição de processo judicial. Tanto no modo de desenvolvimento como na fundamentação das fases, ambos seguem lógicas distintas. Ainda assim, é possível conectá-los por uma identidade de objetivos (a solução do conflito), o que dá azo à sua compatibilização e interação.¹⁰⁷⁵ De tal jeito, o processo de mediação é passível de ocorrer dentro do processo judicial, como de fato é previsto na legislação patrial.

Para compreender essa conexão, é preciso lembrar o princípio da instrumentalidade das formas, que rege o processo judicial. Assim, sem desconsiderar os inegáveis avanços alcançados na autonomia científica do

Direito Processual, com o desenvolvimento de uma técnica mais apurada, de maior segurança jurídica, hoje já se concebe que o processo não é um fim em si mesmo, mas um importante instrumento formal que serve ao direito material, garantindo efetividade e evitando abusos no exercício da jurisdição.

É nessa conjuntura instrumental que a mediação e a conciliação encontram amparo na realidade processual. Elas exprimem-se como meios judiciais diferenciados, mas igualmente destinados à realização do direito material. No estímulo à autocomposição judicial, não se há de ignorar as garantias constitucionais do devido processo legal, ainda que a manifestação dessas normas não se exprima da mesma maneira e com semelhante intensidade.¹⁰⁷⁶

Tanto quanto se observou no desenvolvimento do direito de ação em relação ao direito material, não se mostra adequado projetar na autocomposição uma pretensão autonomia material ou metodológica que a desconecte do conflito que é seu

¹⁰⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carillho. *Teoria Geral do Processo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2023, p. 135.

¹⁰⁷⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. O Processo como instrumento de solução não adjudicada de conflitos: novas perspectivas para o Direito Processual? In: DINAMARCO, Cândido et al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 423.

¹⁰⁷⁵ PEPINO, Flávia Fragale Martins. Mediação e escopos do processo. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 76. ano 20. p. 287-303. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2023, p. 291.

¹⁰⁷⁶ Na lição de Francesco Carnelutti: “Pode ocorrer, então, que a forma dos atos esteja regulada somente do ponto de vista do conteúdo, de maneira que seja livre para o atuante o modo medial o qual se dá ao ato o conteúdo prescrito [...] a verdade é que, quando o conteúdo está determinado somente com o nome de ato, o fato nele consistir em uma regulação formal (de conteúdo) é coisa que escapa à atenção e parece, por isso, que não se encontre estabelecido nenhum requisito de forma pela lei”. (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v. 1, p. 526-527).

objeto. O processo judicial é o ambiente em que se tenciona solucionar o conflito o que factível de ocorrer pela via heterocompositiva jurisdicional ou autocompositiva.

Como visto, mesmo no âmbito judicial, não se estabelece um procedimento rígido para o processo de mediação ou de conciliação, em decorrência da indispensabilidade de adequação às exigências do conflito e às necessidades das partes. A existência de um processo não implica rigidez opressora para as partes. Ainda assim, efetivamente, existem etapas lógicas que auxiliam o funcionamento minimamente adequado da gestão consensual assistida do conflito.¹⁰⁷⁷

A mediação e a conciliação projetam-se para serem flexíveis e adaptáveis, ensejando que as partes modifiquem a abordagem de acordo com as necessidades específicas de cada conflito. Essa maleabilidade contribui para que as partes se achem confortáveis e confiantes durante todo o processo e assumam, com isso, o protagonismo das discussões.¹⁰⁷⁸ Também permite que o mediador ou o conciliador mude de estratégia ou de técnica, dependendo do estágio em que se encontram as partes, sem causar suspeita ou confusão.

Essa mesma informalidade dota o processo de mediação de certa variabilidade, não havendo unanimidade quanto ao número ou ao conteúdo das etapas. Isso não significa que o processo é suscetível de ser simplesmente ignorado. A lógica racional de desenvolvimento do processo de mediação deve ser valorizada, evitando a inversão da ordem com a antecipação de etapas, salvo quando o caso concreto efetivamente o exigir. Existe uma linha base, a ser estruturada e estratificada de maneiras diversas. Assim, ser informal não impede que exista um processo.

Em tais circunstâncias, a legislação não oferece disciplina específica sobre o processo de mediação e de conciliação, inexistindo regramento que defina sua estrutura. A omissão legal é elogiável, pois contribui para a adaptabilidade do processo às necessidades de cada contexto específico dos conflitos.

Isso concorre para a efetividade do ato, pois dá oportunidade aos envolvidos de atuarem criativamente para a melhor definir uma solução do conflito. À vista disso, é possível remodelar dinamicamente o processo, com o avanço ou retorno de etapas, ou a aplicação de técnicas mais propícias a

¹⁰⁷⁷ Assim observa Lília Maia de Moraes Sales: “Não há uma forma específica exclusiva para o processo de mediação em função do princípio da informalidade que o fundamenta. Os estudiosos e práticos da mediação, no entanto, com o intuito de garantir o adequado desempenho da mediação, têm oferecido sugestões para o bom andamento de uma sessão de mediação, dividindo-a em 5, 6, 7 ou 8 etapas ou passos”. (SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e*

comunidade. Florianópolis: Conceito, 2007, p. 99).

¹⁰⁷⁸ Assim avalia Fernanda Tartuce: “A informalidade permite relaxamento, descontração e tranquilidade; tais sentimentos colaboram para o desarmamento dos espíritos e otimizam as chances de resultarem em soluções consensuais”. (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 6. ed. São Paulo: Método, 2021, p. 196).

um momento em outro.¹⁰⁷⁹ As regras procedimentais, inclusive, estão dispostas a ser definidas pelas próprias partes, seja de maneira prévia, seja de modo incidental.

Uma das funções do mediador e do conciliador é guiar as partes em cada uma das etapas do processo para potencializar uma solução consensual do conflito. A ansiedade é um sentimento comum nas partes durante as sessões de mediações e conciliações, e isso as induz a procurar atalhos, pulando etapas. Salvo situações em que o caso justifique, cabe ao mediador e ao conciliador tentar conter esse ímpeto, auxiliando-as a percorrer as fases do processo de mediação.

Por exemplo, é comum que algumas pessoas se achem desconfortáveis na sessão de mediação ou de conciliação em face da ampla exposição do conflito que ela promove, por isso, tentam encerrar a sessão com a maior brevidade possível, seja declarando não existir acordo ou pretendendo saltar para a fase de resolução. Isso, no entanto, é prejudicial, decerto, porque um acordo celebrado aodadamente, nas mais das vezes, não privilegia diversos pontos, interesses e sentimentos relevantes. A ampliação do nível e da qualidade das informações e tempo para sua maturação se mostram imprescindíveis se a uma boa gestão do conflito.

A compreensão do processo e da finalidade de cada estágio ajuda as partes a perceberem que o conflito foi abordado amplamente e que os aspectos e opções mais relevantes foram suficientemente abordados antes de se caminhar para uma decisão. Observar essas etapas do processo é importante, porque cada um representa um passo específico para as partes progredirem com vistas à resolução do conflito, de modo racional, entendendo o que está ocorrendo, o que esperar a seguir e como se preparar para cada etapa.

Para a abordagem ora sob relato, o procedimento foi organizado em cinco etapas: pra-mediação, preparação e declaração de abertura; reunião de informações; identificação e esclarecimento de questões, interesses e sentimentos; resolução de questões; registro das soluções. Esta proposta de organização do processo de mediação reflete, satisfatoriamente, a lógica racional de uma negociação ampla.

É necessário ter em mente as inúmeras manifestações do conflito que irão conduzir a variações no processo de mediação. Assim, conflitos mais pontuais, nos quais os envolvidos tiveram uma relação esporádica, admitirão abordagens mais restritivas do problema e atuações mais avaliativas. Nesses casos, algumas destas etapas do processo serão consideravelmente concisas ou tratadas de maneira simultânea com outras, retratando uma

¹⁰⁷⁹ É o que destaca Klever Paulo Leal Filpo: “Não se trata de norma rígida, nem há consequências decorrentes de sua eventual flexibilização ou inobservância por parte dos mediandos ou dos mediadores. Muito pelo contrário, a criatividade

destes últimos é frequentemente estimulada”. (FILPO, Klever Paulo Leal. *Mediação judicial: discursos e práticas*. Rio de Janeiro: Mauad-Faperj, 2016, p. 139).

versão bem simplificada do processo. Já conflitos mais profundos que tratam de relações prolongadas exigirão uma definição mais ampla do problema e uma abordagem mais *facilitativa*.¹⁰⁸⁰ Nestes casos, o processo se manifestará plenamente, expressando cada uma dessas fases de maneira bem definida. São os estágios do processo de mediação abordados neste estudo conforme esta última perspectiva para possibilitar uma visão mais ampla de cada estágio.

2. PRÉ-MEDIAÇÃO, PREPARAÇÃO E DECLARAÇÃO DE ABERTURA

A primeira etapa do processo é destinada à preparação. É nela que acontece o contato inicial das partes com o mediador ou o conciliador, para explicar o propósito essencial do ato. São estabelecidas aqui as regras básicas, delineados os papéis dos participantes, definidos os protocolos de comunicação, esclarecidos os seus princípios informativos, suas técnicas e seu modo de realização.

Isso é passível de suceder em reuniões separadas ou numa conjunta. De semelhante modo, é possível ser feita em um encontro destinado, unicamente, a esse fim ou ocorrer no início da própria sessão de mediação ou de conciliação.

Não existe apenas uma correta maneira de fazer, mas têm curso modalidades diferentes que se ajustam melhor ou pior às necessidades de cada caso.

Por exemplo, as entrevistas preliminares feitas separadamente com cada uma das partes são suscetíveis de ensejar uma abertura mais para as tratativas iniciais. Fatores como o conflito emocional, a falta de confiança, vergonha, rancor, o medo de retaliação, desigualdade de poder tendem a inibir uma manifestação mais livre na presença da outra parte. Tratar com as partes sem tais barreiras permitirá que o mediador ou conciliador perceba melhor se alguns aspectos já evoluíram e são suficientemente compreendidos sob a perspectiva de cada parte, o que lhe possibilita determinar em qual etapa a negociação se encontra e o que precisa ser feito para avançar para a próxima fase. O contato independente também favorece a criação de um sentimento de confiança em relação ao mediador ou conciliador, o que ampliará a eficácia de algumas técnicas.

A realização de maneira separada demanda mais tempo, exigindo maior disponibilidade das partes, o que, muita vez, não é possível ou necessário.¹⁰⁸¹ Essa modalidade de abordagem também aumentará o tempo de atuação do mediador ou do conciliador, o que vai

¹⁰⁸⁰ RISKIN, Leonard L. O Sistema Proposto. AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação* – Vol. 1. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 30.

¹⁰⁸¹ “A entrevista de pré-mediação, em que estão presentes apenas o mediador e uma das partes envolvidas no litígio individualmente, constitui-se como uma importante ferramenta do processo de mediação, pois é a partir dela que o

mediador se inteira dos conflitos que as partes trazem ao processo de mediação antes mesmo de colocá-las para interagir em uma sessão conjunta de mediação”. (PAULA, Vanderlei Andrade de. Construções de identidades de si e do outro em narrativas produzidas em entrevistas de pré-mediação familiar judícia. *Revista Indisciplina em Linguística Aplicada*, v. 2, n. 2. 2021, p. 5)

elevar os custos do ato, fator que se mostra inconveniente no caso.

Como se percebe, o conflito, em toda sua extensão, deve orientar a escolha da forma. Aqui merece uma crítica a realidade vivenciada no âmbito da Justiça, na qual não se costuma observar uma autonomia do ato, sendo na maioria das vezes realizado de modo conjunto e concentrado. Como expresse, esse formato não está abstratamente errado, o problema é que a escolha desse modo, na maioria das vezes, não decorre de uma adequação às necessidades do conflito, mas da conveniência do Poder Judiciário. Essa imposição arbitrária é capaz de restringir sua eficácia.

Compreendidos os possíveis formatos, é preciso analisar o conteúdo do ato.

Não há, em regra, exposição do caso ou deliberações nessa oportunidade. A etapa é eminentemente elucidativa, destinando-se a fomentar nas partes uma predisposição à consensualidade, por meio do incentivo à confiança no mediador ou conciliador e à atitude cooperativa.¹⁰⁸² É uma fase em que, contrariando a regra, o mediador ou conciliador tende a falar mais do que as partes.

É nesse momento que as partes são chamadas a assumir a responsabilidade pela solução do litígio, com a explicação de que o mediador ou

conciliador não possui qualquer poder decisório sobre o litígio. Também são traçadas nessa ocasião premissas de comportamento para o bom funcionamento do diálogo, como o compromisso de respeito à outra parte e a adoção de posicionamentos produtivos.¹⁰⁸³

A liberdade de maneiras que orienta a mediação aufere contornos um pouco mais concretos nesse instante, ao se definir com as partes as regras básicas do processo. É preciso exibir antecipadamente o contexto geral das técnicas a utilizar, para evitar surpreendê-las em momento futuro. Deve-se, no entanto, manter um nível de permissividade para não engessar o procedimento.

Com amparo na compreensão dessas informações, as partes poderão efetivamente, manifestar, livre e esclarecidamente, seu consentimento à submissão do conflito a esse método de gestão consensual do conflito. Compete ao mediador ou conciliador confirmar de maneira ostensiva com as partes a voluntariedade quanto à participação e a permanência no decurso de mediação ou conciliação. O respeito e a atenção dados à autonomia privada favorecem a confiança no processo e potencializam a assunção de responsabilidade pelas decisões futuras.

¹⁰⁸² Tania Almeida assim conceitua a pré-mediação: “A pré-mediação é uma etapa eminentemente informativa e se dá antes do início da mediação, mantendo coerência com o princípio fundamental do instituto – autonomia da vontade. Para que as pessoas possam identificar se a Mediação seria o método de sua eleição para a resolução do impasse vivenciado,

é necessário que conheçam seus princípios e procedimentos”. (ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação*: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014, p. 156-157).

¹⁰⁸³ SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos*: teoria e prática. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2021, pág.72.

Essa etapa tem também um caráter simbólico de transição para uma abordagem cooperativa do conflito que precisa ser evidenciado, mormente no âmbito judicial. É a oportunidade de minorar os efeitos do contexto formal, ritualístico e substitutivo em que se insere a condução da maior parte das demandas judicializadas.

Ainda nesse processo de mudança de perspectiva, é importante ressaltar a naturalidade da participação da sessão. É comum que as partes se achem desconfortáveis com a existência do conflito e, principalmente, com a participação no processo judicial, imputando a culpa da situação à parte contrária. Nesse início, é possível evidenciar que estar em conflito é uma situação normal, que conflitos fazem parte da vida em sociedade, e, com isso, encorajá-las a perceber aquela passagem não só com naturalidade, mas como uma oportunidade de

amadurecimento e crescimento da relação.¹

Esse lance, também, é utilizável para definições mais estruturais da abordagem. Ainda que exista uma triagem prévia no âmbito judicial na qual se estabelecem diretrizes da intervenção, essas indicações iniciais são alteráveis.¹⁰⁸⁴ Dificilmente, um servidor do Judiciário conseguirá tomar uma decisão definitiva unicamente com sua visão com apoio nos autos do processo.¹⁰⁸⁵ Assim, nessa etapa, as partes escolhem o modo de intervenção, se mediação ou conciliação, qual será o profissional ou profissionais que vão atuar, qual o local da sessão¹⁰⁸⁶.

Com base no trecho do *caput* do artigo 334 do CPC, ao dispor que “[...] o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação”, há quem defenda o argumento de ser a matéria de competência do juiz. Essa opção teria o benefício de garantir um procedimento menos burocratizado, uma vez que o

¹⁰⁸⁴ Para Silvana Yara de Castro Rodrigues, “A triagem de conflitos é considerada de grande relevância, uma vez que por meio dessa filtragem haverá a possibilidade de definir quais os tipos de conflitos que se adequam, de fato, à mediação, e quais os direcionados à conciliação, tendo em vista que cada uma dessas formas consensuais é revestida de características próprias”. (RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. *Mediação judicial no Brasil: avanços e desafios* a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 91).

¹⁰⁸⁵ Na lição de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral: “É imprescindível que exista um modo de triagem e filtragem no início do processo conflituoso. Essa triagem deve ser feita de forma conjunta por todos os operadores do direito, dos advogados aos juízes”. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina

de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Expectativas para o marco legal da mediação no Brasil. In: DURVAL, Hale; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 273-309, p. 280).

¹⁰⁸⁶ Adverte Daniela Monteiro Gabbay: “É importante que seja conferida assistência às partes e advogados para uma seleção informada e consciente sobre o meio de solução de conflito mais adequado para o seu caso, com um monitoramento estatístico e fiscalização destas triagens, que precisam ocorrer de acordo com um determinado prazo, e em conexão com o gerenciamento do processo”. (GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 252),

magistrado já terá avaliado a demanda quando da admissibilidade da petição inicial, evitando uma etapa intermediária entre a designação e o desenvolvimento da sessão.¹⁰⁸⁷ Tal entendimento, no entanto, vai de encontro aos fundamentos mais elementares da autocomposição, reforçando a visão equivocada de que as partes não sabem o que é melhor para solucionar o conflito.

3. REUNIÃO DE INFORMAÇÕES

No segundo estágio do processo de mediação, o objetivo é permitir que as partes tenham a oportunidade de explicar suas posições. O propósito não é o de uma instrução probatória à caça da verdade, mas de uma oportunidade de enquadrar os problemas nas mentes das partes e dar ao mediador ou conciliador mais informações sobre o conflito.

Essa etapa do processo envolve a reunião de informações com escora no relato das partes. Inicia-se a exposição espontânea de cada uma das partes, e, após, a palavra é passada de uma à

outra, por quantas vezes for necessário até que elas se mostrem satisfeitas com a exposição dos detalhes do conflito. É nessa fase que as partes vão falar livremente, expressando todos os elementos que entendem relevantes para a compreensão integral do conflito. Isso envolve não só os fatos, mas, também, pontos, interesses e sentimentos. O mediador ou conciliador estimulará a fala das partes com perguntas abertas exploratórias, na peleja por acessar detalhes cada vez mais profundos do conflito. Nesse processo narrativo, os envolvidos são exibidos à versão da outra parte sob uma perspectiva mais profunda e detalhada, possivelmente ainda não conhecida.¹⁰⁸⁸ Ao abrir a possibilidade de que cada uma das partes se manifeste, deve-se ressaltar a importância do que cada uma delas tem a dizer, sem prejulgamento ou desconfiança. Assim, deve-se evitar falar em “*qual seria a sua versão dos fatos?*” ou sobre “*qual seria o seu ponto de vista sobre o ocorrido?*”. Essas expressões têm a propriedade de transmitir a ideia de que há uma suspeita sobre a veracidade do que elas

¹⁰⁸⁷ Nesse sentido, Diego Assumpção Rezende Almeida e Fernanda Medina Pantoja: “A melhor interpretação da legislação, contudo, é a de que essa função deve caber prioritariamente ao juiz, no exercício de seu dever gerencial do processo (art. 139, CPC/2015), máxime porque ele já examinará a inicial, de qualquer forma, para recebê-la (ou indeferi-la)”. (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de mediação no Novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 140-156, p. 147).

¹⁰⁸⁸ Observa Petrônio Calmon: “O contraditório, visto por um ângulo mais amadurecido, não é somente um sistema formal de direitos e deveres, mas sim um sistema de *transparência e diálogo*, atributos mais presentes nos mecanismos para a obtenção da autocomposição do que no processo judicial. Ampla defesa nos mecanismos para a obtenção da autocomposição é *participação* muito mais do que apresentação de provas, argumentos e recursos”. (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Gazeta Jurídica, 2019, p. 155).

vão falar. É mais adequada uma abordagem tão neutra quanto possível como, por exemplo, “*você pode nos contar o que ocorreu?*”.

Como regra, as pessoas envolvidas no conflito têm necessidade de verbalizar, e essa fase vai ensejar que elas se achem ouvidas. Às vezes, todavia, as partes estão desconfortáveis, constrangidas, tímidas, e não conseguem desenvolver satisfatoriamente suas pretensões e interesses em princípio. Em tais situações, não é conveniente forçar a fala ou criticar a exposição mais sucinta, pois isso, decerto, vai intensificar as causas do bloqueio comunicativo. Deve-se evitar falas como “*Fale mais. Eu sei que não foi só isso que lhe trouxe aqui*”. O melhor é agradecer a participação e destacar que a qualquer momento que queira será possível retomar a fala, assim: “*Obrigado por compartilhar conosco esses fatos, esse foi um importante ponto de partida para nosso trabalho*”.

Sempre antes de passar a palavra à outra parte, é preciso confirmar se há algum outro aspecto que queira comentar e garantir que na sequência existirá outra oportunidade para manifestações complementares. Com isso, evita-se que a pessoa se ache tolhida, como se sua palavra tivesse sido cassada, principalmente porque, algumas vezes, uma pausa reflexiva mais longa, equivocadamente, aparenta um encerramento de fala.

Se para algumas pessoas a dificuldade é começar a falar, para

outras, o mais difícil é permanecer em silêncio enquanto a outra fala. Como o respeito ao discurso do outro deve ser um dos tópicos previamente acordados durante o início da sessão, o mediador ou conciliador deve intervir para conter esse ímpeto, quando as intervenções atrapalharem o desenvolvimento do raciocínio.

Tal medida, entretanto, não há de transmitir a ideia de menosprezo ao que estava sendo dito, como é capaz de soar, por exemplo, se se fala algo como: “*aguarde sua vez em silêncio*”. É preciso validar o sentimento que desencadeia esse ímpeto de fala. Isso é feito, por exemplo, de maneira educada, por meio de uma intervenção nos seguintes termos: “*Eu percebo que essa questão é muito importante para você e lhe asseguro que terá a oportunidade de se manifestar sobre ela, mas, para que possamos alcançar os melhores resultados, é importante ouvir a outra parte sem interrupções, como combinamos anteriormente*.”

O diálogo direto entre as partes é um dos objetivos perseguidos no processo e precisa ser estimulado. Assim, quando as partes começarem a conversar e a negociar diretamente de maneira produtiva, não há necessidade de interferir. O melhor é acompanhar o diálogo anotando os pontos relevantes até que as partes o demandem ou que cesse a interação.¹⁰⁸⁹

Em ocasiões mais acirradas, porém, ou perante atitudes mais agressivas, releva interessante que o

¹⁰⁸⁹ NUNES, Antonio Carlos Ozório. *Manual de mediação: guia prático*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 196.

mediador ou conciliador se coloque como destinatário da manifestação naquele momento para evitar o tumulto da sessão (*“vejo que esse ponto é bem importante, poderia explicá-lo melhor para mim?”*).

Em tal ensejo, cabe ao mediador e ao conciliador escutar ativamente, intervindo o mínimo possível para possibilitar a manifestação espontânea das posições iniciais.¹⁰⁹⁰ As perguntas devem ser feitas somente em lances quando da dificuldade de exposição, com o objetivo de estimular a manifestação das partes sobre aspectos da contenda até então ocultos. O foco deve estar na ampliação das informações disponíveis, no detalhamento de pontos expressos e, especialmente, na exibição dos sentimentos e dos interesses. A identificação dos interesses é fundamental para mudar a perspectiva da negociação, pois enseja que a gestão do conflito se concentre neles e não nas posições.

O volume de informação tende a ser elevado nessa fase, e será tão mais alçado quanto mais complexo for o conflito. Digerir e organizar todos os dados de maneira imediata é, certamente, inviável, comprometendo o bom andamento das fases seguintes. Uma solução útil para alguns casos é suspender a sessão, ainda que por alguns minutos. Isso diminuirá a tensão emocional comum nesse estágio,

acarretando na dissipação da adrenalina descarregada no organismo das partes durante os debates iniciais.

Também dá oportunidade a uma reflexão mais ponderada a respeito de tudo o que foi dito, tanto pelo mediador e conciliador, como pelas partes. É propício, então, rever as anotações e tentar ordenar os eixos principais do conflito, pensando a melhor abordagem da fase seguinte.

4. IDENTIFICAÇÃO E ESCLARECIMENTO DAS QUESTÕES, INTERESSES E SENTIMENTOS

Entre a reunião e o esclarecimento dos diversos elementos do conflito, é preciso aprofundar o entendimento sobre eles, preparando o terreno para a fase seguinte, quando eles começarão a ser resolvidos.

Na identificação dos aspectos, interesses e sentimentos, é importante não transparecer uma valoração positiva ou negativa, evitando-se falar algo como: *“Já entendi tudo. O seu problema é que...”* ou *“Você tem razão, qualquer um se sentiria ofendido nessa situação”*. Isso é capaz de ensejar uma desconfiança quanto à imparcialidade do mediador ou conciliador. Maneira melhor de intervir é: *“Pude perceber que há um interesse em ... É isso mesmo?”* ou *“Vejo que ... é um aspecto que lhe parece relevante. Confere?”*.

diálogo sem sugerir as soluções, questionando de forma aberta, porém, sem emitir pontos de vista”. (SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: um guia prático para mediadores*. 3. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 63).

¹⁰⁹⁰ De acordo com Lília Maia de Moraes Sales, “O mediador deve ouvir com atenção, deixando as partes à vontade, confortáveis para expressar os sentimentos sem obstáculos, não descuidando de sempre dar as mesmas oportunidades a cada parte. Deve conduzir o processo facilitando esse

Nesse ponto, o processo de mediação se diferencia bastante do judicial, pois, no segundo, predominam o discurso técnico-jurídico e a lógica de aplicação da lei, por via os quais os interesses subjacentes e os sentimentos são considerados aspectos praticamente irrelevantes.¹⁰⁹¹ Já na gestão consensual do conflito, de modo diverso, esses elementos são essenciais e precisam ser trabalhados. Entre as principais técnicas de mediação e conciliação para alcançar os objetivos dessa fase estão a recontextualização e o resumo.

Nessa passagem, já se alcançou um nível minimamente satisfatório de informação sobre o conflito para trabalhar na separação das pessoas do problema. Um dos grandes embaraços comunicativos é a intensa conexão atribuída pelas partes entre o mérito da negociação e as ações da parte contrária, o que acarreta a pessoalização do problema. É difícil estabelecer relações colaborativas se o

problema a ser resolvido é a outra parte. Quando, porém, se separa a pessoa do problema, é possível unir forças com a outra parte contra o problema.¹⁰⁹²

Entender o ponto de vista da outra parte ajuda a objetivar a análise da solução. A validação também é uma técnica que tem de ser utilizada com frequência para estimular às partes a mostrarem os elementos até então ocultos do conflito.

A essa altura do desenvolvimento, o objeto em discussão muito provavelmente terá ultrapassado em volume e em qualidade os dados constantes dos autos do processo, inclusive envolvendo sujeito estranho ao processo e versando sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo (art. 515, § 2.º, do CPC). Se isso ocorrer, é um sinal de que o estímulo ao diálogo está funcionando e de que o panorama para a negociação foi ampliado, possibilitando novas opções de solução até então inexploradas.

¹⁰⁹¹ De acordo com Bianca Bez Goulart: “No âmbito do direito, de maneira geral, prega-se a necessidade de o operador jurídico deixar as emoções de lado, o que significa não se envolver com as partes de um litígio, não dar ênfase a suas angústias e anseios e, acima de tudo, pautar as decisões judiciais na racionalidade e na lei”. (GOULART, Bianca Bez. *Análise econômica do litígio: entre acordos e ações judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 132).

¹⁰⁹² De acordo com Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton: “Em uma negociação, uma das principais consequências do ‘problema com pessoas’ é que o relacionamento entre as partes tende a se embaralhar com as discussões sobre substância. Tanto de um lado quanto de outro, a tendência é que tratemos pessoas e problemas como uma única coisa. [...] Quando alguém tem raiva de alguma coisa, é provável que expresse

esse sentimento em relação à pessoa que, em sua cabeça, esteja associada a essa situação. Os egos tendem a se envolver em posições substantivas. Outra razão pela qual questões substantivas e psicológicas se embaralham é que, a partir de comentários a respeito da substância, as pessoas fazem inferências não fundamentadas que, em seguida, são tratadas como fatos referentes às intenções e atitudes do interlocutor em relação a elas. A menos que sejamos cuidadosos, esse processo ocorre de forma quase automática; raramente nos damos conta de que outras explicações podem ser igualmente válidas.” (FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 106).

Com as informações reunidas e identificadas os problemas, interesses e sentimentos, os contornos do conflito estão mapeados, importando, desde então, esclarecer tais pontos com as partes. Nesse azo, com o diálogo mais amadurecido, elas tendem a estar mais abertas a reflexões direcionadas à identificação de necessidades e interesses comuns, o que viabilizará a elucidação dos pontos controvertidos com o oferecimento de propostas mais amplas.¹⁰⁹³

Com a reflexão sobre os pontos até aqui mostrados, as partes são encorajadas a repensar as necessidades e a criar outras possibilidades, por meio, por exemplo, de perguntas reflexivas, circulares e prospectivas. A definição da solução do conflito não deve ser precipitada. Por essa razão, antes de decidir, impõe-se sejam ampliadas as opções, em especial aquelas que carregam ganhos mútuos para as partes, de modo a evitar que os acordos sejam assentes em concessões mútuas ou unilaterais.

O objetivo desta fase do processo de mediação será alcançado quando os elementos do conflito, até então ocultos ou não percebidos, tiverem sido desvelados, organizados e compreendidos de forma objetiva e estruturada.

5. RESOLUÇÃO DAS QUESTÕES

Na quarta etapa do processo, amadurecida e aprofundada a compreensão do conflito e ampliado o conjunto de opções para sua solução, parte-se para a resolução das questões.¹⁰⁹⁴ O objetivo dessa etapa é, efetivamente, o estabelecimento do acordo.

É nessa ocasião que as partes devem elaborar e apresentar suas propostas. Porém, ainda que as partes já possuam algumas proposições, parte delas existentes desde o início da sessão, é preciso trabalhar para ampliar essas alternativas.¹⁰⁹⁵

Inicialmente, o foco deve estar na ampliação, ainda que elas não sejam

¹⁰⁹³ Como observa Carlos Eduardo de Vasconcelos: “Concluído e discutido o resumo, os mediandos estão mais receptivos à identificação das suas necessidades e interesses comuns. Já apropriados pela circularidade da comunicação, capacitam-se a superar a rigidez das posições polarizadas do início do procedimento”. (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 7. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 214).

¹⁰⁹⁴ Na lição de Diogo Assumpção Rezende de Almeida e Fernanda Medina Pantoja: “O próximo estágio é voltado à indicação livre de soluções, ainda que absurdas, inexequíveis ou incompatíveis com os interesses de qualquer dos participantes. O mediador deve instigá-los à

apresentação de opções para a composição do litígio. Para tanto, indica-se o emprego de técnica denominada *brainstorming*, em que as partes expõem todas as ideias que vêm à mente de maneira despretensiosa, sem que ocorra uma análise prévia quanto à sua validade”. (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de mediação no Novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 140-156, p. 153-154).

¹⁰⁹⁵ NUNES, Antonio Carlos Ozório. *Manual de mediação: guia prático*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 198.

efetivamente melhores do que as propostas iniciais. O instante de eleger a melhor solução será o seguinte. Agora o mais importante é estender o repertório de proposições. Nessa fase, os filtros avaliativos das propostas devem ser reduzidos. Não se há de pré-excluir ou inibir propostas, por se exibirem, a princípio, ruins, inexecutáveis, inapropriadas ou até contrárias ao ordenamento jurídico. É preciso deixar a criatividade fluir. Uma das melhores técnicas para esse fim é o *brainstorming*.

O simples surgimento de sugestões já exalta o interesse na resolução consensual do conflito, intensificando o caráter colaborativo. Como regra, o mediador ou o conciliador não deve indicar escolhas, devendo intervir somente com perguntas para estimular o surgimento de propostas. A formulação das soluções, porém, deve proceder das partes, visto que esse processo é empoderador, aspecto mencionado pela legislação como princípio informativo da mediação. Somente em último caso, quando inexistir proposta ou se exibir realidade de impasse é que deve ser utilizada a técnica de sugerir solução.

Exatamente por se estar caminhando para o desfecho, esse é um dos momentos mais importantes do processo de mediação e um dos mais difíceis de administrar. É nessa etapa que os diálogos mais intensos tendem a ocorrer, com a manifestação acentuada

da polaridade, de contradições, ambiguidades e incompreensões.¹⁰⁹⁶ Esse contexto mais turbulento é natural, mas precisa ser gerido para reduzir as contraposições e estabelecer um comportamento colaborativo, pois só assim se convergirá para um consenso. Isso também ressalta a autoria das partes no estabelecimento da solução e sua sensação de completude. A barganha entre as partes vai ocorrer. É algo normal, mas deve-se trabalhar para que abandonem, tanto quanto possível, as posições iniciais e passem a explorar opções criativas.

Chegar ao consenso não é fácil. É natural que as partes ainda estejam apegadas as suas posições e tenham dificuldade de aderir a soluções contrárias a elas. Sair de um extremo para o outro é difícil. As impressões que as partes possuem sobre os fatos são muito difíceis de receber alteração, de modo que assumir que estava errada está entre as ações mais desconfortáveis para uma pessoa. O viés de confirmação está entre as tendências cognitivas mais robustas, o que ressalta a rejeição de informações que contradizem suas crenças. Assim, manter a opinião inicial é o comportamento mais provável, seja para garantir a expectativa dos ganhos daí decorrente, seja para preservar a visão de mundo ou a percepção do conflito.

¹⁰⁹⁶ É o que aponta Enia Cecília Briquet: “Parece ser consenso geral que este estágio é de grande turbulência – ajudando as partes a transitarem de um estágio de antagonismo para outro, onde uma tomada de decisão poderá ocorrer num clima de cooperação. Aqui ocorrem grandes

divergências, pois aparecem oportunidades de intervir de maneira mais branda ou mais intensa”. (BRIQUET, Enia Cecília. *Manual de Mediação: teoria e prática na formação do mediador*. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 186).

Para superar esse obstáculo, é preciso utilizar corretamente as técnicas adequadas. Esse momento, por exemplo, pode ser oportuno para sessões privadas, o que permitirá intensificar técnicas como o “teste de realidade” e a “inversão de papéis”.

Tendo em mãos um volume razoável de sugestões e constatado o exaurimento da possibilidade de construção de novas propostas, passa-se a apreciar cada uma delas de modo a selecionar a mais adequada para o caso.

Para auxiliar nessa avaliação, é interessante que as opções mostradas na fase anterior tenham sido anotadas pelo mediador ou conciliador e sejam exibidas para as partes de maneira organizada, com agrupamento por temas ou natureza. Alguns conflitos mais complexos possuem vários núcleos, o que exigirá uma organização compartimentada para se estabelecer uma solução para cada aspecto. Com procedência no quadro geral de propostas, inicia-se o processo de seleção das melhores preferências.

Nesse momento, as partes devem ser incentivadas a avaliar o rol de preferências criadas na etapa anterior. Cada uma deve considerar os benefícios e os malefícios das propostas. Com isso, as opções são paulatinamente reduzidas, destacando aquelas que se exibirem mais promissoras. O estímulo ao protagonismo das partes na solução do conflito é necessário para garantir a

constituição do sentimento de autoria da solução.¹⁰⁹⁷

Na fase de resolução, é aconselhável, quando a natureza do problema permitir, que se inicie com uma questão de menor complexidade ou em relação à qual os interesses sejam convergentes. Essa prática ajuda a constituir nas partes a convicção de que o conflito é solucionável e a estimular o sentimento de cooperação, aspectos importantes para o enfrentamento dos mais controversos.

Um dos caminhos efetivos para a negociação evoluir é a identificação de pontos de convergência para iniciar a negociação com procedência neles. Durante as fases anteriores do processo, certamente, foram identificados aspectos de concordância entre as partes, ainda que sejam contingenciais, que tratem somente de aspectos periféricos ou que envolvam apenas interesses e sentimentos. Essas ilhas de valores compartilhados pelas partes são passíveis de ampliação ou servirão de apoio para a construção de pontes.

Nada impede que novas sugestões venham a ser exibidas durante as discussões de uma proposta. É bastante comum o aprimoramento de propostas já conhecidas, adaptando-as ou mesclando-as, para consolidar uma solução mais viável.

O foco deve estar concentrado nas propostas que gerem benefícios mútuos, já que contemplam um número maior de interesses e, por

¹⁰⁹⁷ Como observa Tania Almeida, “Esse cenário de especial atenção à qualidade das composições favorece a crença na (co)autoria responsável e no compromisso com seu

cumprimento”. (ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014, p. 45).

consequência, são mais facilmente aceitas. A possibilidade de uma relação ganha-ganha na solução é importante por ampliar a satisfação das partes e por evitar o sentimento de derrota que muitas vezes desencadeia resistências ao cumprimento do que foi acordado.¹⁰⁹⁸

No decurso de definição da solução, é possível que surjam mais impasses, muitas vezes expressos em aspectos subjetivos. Modo eficiente de contornar essa barreira é a definição de critérios objetivos para que a solução seja considerada justa pelas partes. Em vez de procurar a solução que mais agrada, utilizam-se indicadores que apontem o valor de mercado, a legislação, políticas de um setor, uma posição técnica, padrões jurisprudenciais *et reliqua*.¹⁰⁹⁹ Após identificar os critérios, é preciso estabelecer a importância relativa de cada um, a fim de possibilitar a avaliação mais específica das propostas ou para dirimir eventuais empates.

A autocomposição judicial traz um objeto adicional a ser abordado no acordo: os honorários advocatícios e as custas processuais. Assim, além de constituir uma solução para o conflito central, ainda será necessário

convencionar a solução para o pagamento destes valores.

Tudo bem encaminhando, as soluções devem passar um afunilamento até que as partes definam a melhor solução para o caso. Assim, o acordo é celebrado.

Ainda que a autocomposição seja um objetivo a ser perseguido, é importante ter em mente que ele é suscetível de não acontecer. Isso não é um problema ou um indicativo de falha no processo de mediação, apenas atesta que este conflito deve seguir para a solução adjudicada, retornando os autos ao juiz para a sentença substitutiva da vontade das partes. Essa será a solução mais adequada para o caso.

6. REGISTRO DAS SOLUÇÕES

A quinta e última etapa do processo de mediação destina-se ao registro das soluções. Caso as partes assim o queiram, o acordo que venha a ser pactuado será reduzido a termo, com a redação definida em conjunto com as partes.

Esse é o momento da ratificação do consenso sobre a solução fixada

¹⁰⁹⁸ Assim observa Tânia Almeida: “As soluções de benefício mútuo demandam muito esforço por parte dos mediandos, pois só podem ser construídas quando as necessidades de cada um puderem ser (ainda que parcialmente) identificadas e legitimadas pelo outro.” (ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação*: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014, p. 325).

¹⁰⁹⁹ De acordo com Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton: “No mínimo, critérios objetivos devem ser independentes da vontade de cada um dos lados. Idealmente, para que um acordo

sensato seja assegurado, critérios objetivos devem não apenas ser independentes de vontades, mas também legítimos e práticos. [...] Critérios objetivos devem se aplicar, pelo menos em teoria, a ambas as partes. Portanto, você deve usar o teste de aplicação recíproca, o que indicará se os critérios propostos são justos e independentes da vontade de cada parte.” (FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*: a negociação de acordos sem concessões. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 112).

pelas partes, detalhando-se a operacionalização do cumprimento da decisão, de modo a melhor definir os desdobramentos da decisão e a possibilitar uma avaliação de sua exequibilidade. É um momento para revisar com as partes o que efetivamente foi definido, a fim de resguardar a autonomia privada das partes e assegurar que essa vontade tenha sido manifestada livre e esclarecidamente. Também é uma oportunidade de reforçar a confidencialidade do que foi tratado na sessão, garantindo que só conste do termo de acordo aquilo que as partes expressamente autorizarem.¹¹⁰⁰

O acordo precisa ser redigido com clareza, objetividade e especificidade. Embora seja comum a utilização de padrões textuais para otimizar a redação do termo, é preciso permitir que as partes definam a configuração que melhor lhes agrada, para resguardar a sensação de autoria do acordo.¹¹⁰¹ É igualmente importante que sejam utilizadas informações de ambas as partes, para não transmitir uma visão equivocada de derrota de uma delas. Afinal, se houve acordo, ambas saem vencedoras.

A intervenção do mediador ou do conciliador deve restringir-se a situações em que, eventualmente, a dicção do acordo sugerida pelas partes

se exprima dúbia ou com uma margem interpretativa muito ampla, diante do risco de divergências futuras que isso venha ocasionar.

Muitas vezes, as pessoas envolvidas no conflito tendem a evitar o necessário detalhamento de alguns aspectos do acordo, com receio de que isso reacenda o debate e comprometa a autocomposição. Omitir tais pontos, no entanto, em geral, é fato representativo de um mero adiamento de um conflito, o que não é a intenção.

Quando o acordo envolver relações prestacionais com o reconhecimento de uma obrigação, é preciso lembrar que, para garantir a possibilidade de sua execução, a obrigação deve ser líquida, certa e exigível. Assim, o termo do acordo deve estabelecer com exatidão o montante da obrigação, com a definição do valor principal, dos juros e da correção monetária, do termo inicial e do termo final de um e de outro, da periodicidade da capitalização e dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

Como se trata de uma autocomposição judicial, o caminho normal do processo após a assinatura do termo será seu encaminhamento ao juiz para fins de homologação, constituindo-se em título executivo judicial (arts. 515, II e III, do CPC).¹¹⁰² A homologação é uma manifestação

¹¹⁰⁰ Enunciado nº 56 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM): “Nas atas das sessões de conciliação e mediação somente serão registradas as informações expressamente autorizadas por todas as partes”.

¹¹⁰¹ GORETTI, Ricardo. *Mediação e acesso à Justiça*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 412.

¹¹⁰² Como observa Rodrigo Ramina de Lucca: “Isso quer dizer que a homologação de uma transação não implica um verdadeiro julgamento de mérito. [...] Ao juiz é proibida qualquer ‘verificação da conveniência da transação’. O que ele faz é única e tão somente verificar a validade forma do ato mediante um juízo de delibação”. (LUCCA, Rodrigo Ramina de.

formal de autoridade judicial ao ato, de modo que lhe confere a força de título executivo judicial, mas não altera seu conteúdo.¹¹⁰³ A solução do conflito encerra-se com o acordo, mas o processo de conhecimento só é extinto por força de uma decisão homologatória.

Nada impede, todavia, que as partes optem, se assim preferirem, por um instrumento privado, com força de título extrajudicial, desistindo do processo, com sua consequente extinção sem resolução do mérito (art. 784 do CPC). Essa opção lhes conferirá segurança, pois possibilitará um processo de execução em caso de descumprimento, com o benefício de encerrar mais rapidamente o processo em curso.

As partes, inclusive, são capazes de entender ser desnecessária a confecção de qualquer documento, encerrando o conflito sem qualquer instrumento que formalize os limites do acordo, manifestando, tão somente, o interesse na extinção do processo. A autonomia privada que orienta a autocomposição assegura total liberdade de decisão quanto à modalidade de encerramento do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assinala-se, a modo de fecho, que a promoção da solução consensual dos conflitos no âmbito judicial, prevista

no art. 3º do CPC, deve ser realizada de maneira técnica para potencializar sua efetividade. Isso implica reconhecer que a mediação e a conciliação conformam atividades dotadas de elevada complexidade e guiadas por métodos e técnicas próprias que devem ser observadas, superando a equivocada visão de constituir uma prática vulgar e amadorística.

Entre os diversos elementos dessa estrutura metodológica própria, destaca-se o processo específico, com estágios lógicos que estimulam uma negociação mais profunda e racional sobre o conflito. Trata-se de um modelo simples e flexível, que segue um roteiro destinado unicamente a uma organização do trabalho em prol da efetividade da solução consensual.

O processo de mediação segue vários estágios projetados para otimizar os resultados. É um processo menos formal do que aqueles tendidos à jurisdição ou à arbitragem, mesmo porque seguem uma lógica diferente, assente na autocomposição.

Cada uma das etapas possui um objetivo próprio que mantém uma relação lógica e encadeada com as demais, complementando a anterior e preparando para a posterior. Alcançados todos os objetivos de maneira satisfatória, ao final do processo, as partes estarão em uma realidade bem propícia à celebração de acordos.

Portanto, a promoção da autocomposição deve ser vista como

um invólucro, ou continente, cujo conteúdo substancial é representado pelo negócio Jurídico realizado por elas”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 272).

Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 241).

¹¹⁰³ Assim leciona Cândido Rangel Dinamarco: “a homologação dos atos dispositivos das partes é

uma atividade altamente especializada e essencial para a promoção de uma cultura de resolução pacífica de conflitos, que beneficia, não apenas, as partes envolvidas, mas, também, a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de mediação no Novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 140-156.
- ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014.
- BURBRIDGE, R. Marc et al. *Gestão da negociação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRIQUET, Enia Cecília. *Manual de Mediação: teoria e prática na formação do mediador*. Petrópolis: Vozes, 2016.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Gazeta Jurídica, 2019.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. v. 1. Campinas: Servanda, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carillho. *Teoria Geral do Processo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2023.
- FILPO, Klever Paulo Leal. *Mediação judicial: discursos e práticas*. Rio de Janeiro: Mauad-Faperj, 2016.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.
- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- GORETTI, Ricardo. *Mediação e acesso à Justiça*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
- GOULART, Bianca Bez. *Análise econômica do litígio: entre acordos e ações judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. São Paulo: Editora Objetiva, 2012.
- LEVINE, Stewart. *Rumo à Solução. Como transformar o conflito em colaboração*. 2. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- LEWICKI, Roy J., SAUNDERS, David. M., BARRY, Bruce. *Fundamentos da Negociação*. 5. ed., Porto Alegre: AMGH, 2014.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- NUNES, Antonio Carlos Ozório. *Manual de mediação: guia prático*. 2. ed.

- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- PAULA, Vanderlei Andrade de. Construções de identidades de si e do outro em narrativas produzidas em entrevistas de pré-mediação familiar judicial. *Revista Indisciplinar em Linguística Aplicada*, v. 2, n. 2. 2021.
- PEPINO, Flávia Fragale Martins. Mediação e escopos do processo. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 76. ano 20. p. 287-303. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2023.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Expectativas para o marco legal da mediação no Brasil. In: DURVAL, Hale; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 273-309.
- RISKIN, Leonard L. O Sistema Proposto. AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação* – Vol. 1. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. *Mediação judicial no Brasil: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito, 2007.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: um guia prático para mediadores*. 3. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: teoria e prática*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2021.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 6. ed. São Paulo: Método, 2021.
- URY, William. *Supere o Não. Como negociar com pessoas difíceis*. São Paulo: Benvirá, 2019.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 7. ed., São Paulo: Editora Forense, 2020.
- YARSHELL, Flávio Luiz. O Processo como instrumento de solução não adjudicada de conflitos: novas perspectivas para o direito processual? In: DINAMARCO, Cândido et al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. Salvador: Juspodivm, 2022.

FEATURES OF MEDIATION AS AN ALTERNATIVE METHOD OF SETTLEMENT OF FAMILY DISPUTES: LEGAL PROVISION AND PRACTICE IN UKRAINE AND EU COUNTRIES.¹¹⁰⁴

CARACTERÍSTICAS DA MEDIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS FAMILIARES: DISPOSIÇÃO E PRÁTICA JURÍDICA NA UCRÂNIA E NOS PAÍSES DA EU

Olga Tymoshenko

Department of Law. Faculty of Law. Private Higher Educational Establishment “European University”. 03115, 16V Akademik Vernadsky Blvd., Kyiv, Ukraine. Corresponding author: olga_tymoshenko@edu.cn.ua.

Iryna Petrova

Department of Law. Faculty of Law. Private Higher Educational Establishment “European University”. 03115, 16V Akademik Vernadsky Blvd., Kyiv, Ukraine.

ABSTRACT: Family mediation is an effective alternative dispute resolution method that plays a crucial role in settling family conflicts outside the courtroom. The growing demand for mediation in Ukraine and the EU reflects the need for a more efficient, cost-effective, and confidential approach to resolving family disputes. This study aims to analyze the legal framework and practical implementation of family mediation in Ukraine and selected EU countries, highlighting its advantages and potential for further development. The research employs a comparative legal method, doctrinal analysis, and case study methodology to assess the current regulatory framework and practical applications of family mediation. The findings indicate that while Ukraine has made significant progress in establishing mediation as a

legal practice, gaps remain in its legislative framework, enforcement mechanisms, and public awareness. In contrast, EU countries demonstrate a well-developed system of family mediation, often supported by mandatory pre-trial mediation requirements and state-funded mediation services. The study concludes that Ukraine can benefit from adopting best practices from the EU, particularly in integrating mediation into the legal system, ensuring its accessibility, and enhancing mediator training programs. The scientific novelty of the research lies in its comprehensive analysis of family dispute mediation, as well as its recommendations for strengthening Ukraine’s mediation infrastructure in alignment with European standards.

¹¹⁰⁴ Artigo recebido em 24/02/2025 e aprovado em 04/04/2025.

KEYWORDS: Family Mediation, Alternative Dispute Resolution, Legal Regulation, Ukraine, EU Mediation Practices.

RESUMO: A mediação familiar é um método alternativo eficaz que desempenha um papel crucial na resolução de conflitos familiares fora do tribunal. A crescente demanda por mediação na Ucrânia e na UE reflete a necessidade de uma abordagem mais eficiente, econômica e confidencial para resolver disputas familiares. Este estudo tem como objetivo analisar a estrutura legal e a implementação prática da mediação familiar na Ucrânia e em países selecionados da UE, destacando suas vantagens e potencial para desenvolvimento futuro. A pesquisa emprega um método jurídico comparativo, análise doutrinária e metodologia de estudo de caso para avaliar a estrutura regulatória atual e as aplicações práticas da mediação familiar. Os resultados indicam que, embora a Ucrânia tenha feito progressos significativos no estabelecimento da mediação como prática jurídica, permanecem lacunas em sua estrutura legislativa, mecanismos de aplicação e conscientização pública. Em contrapartida, os países da UE demonstram um sistema de mediação familiar bem desenvolvido, muitas vezes apoiado por requisitos obrigatórios de mediação antes do julgamento e serviços de mediação financiados pelo Estado. O estudo conclui que a Ucrânia pode se beneficiar da adoção das melhores práticas da UE, particularmente na integração da mediação no sistema jurídico,

garantindo sua acessibilidade e aprimorando os programas de treinamento de mediadores. A novidade científica da pesquisa reside em sua análise abrangente da mediação de disputas familiares, bem como em suas recomendações para fortalecer a infraestrutura de mediação da Ucrânia em alinhamento com os padrões europeus.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação Familiar, Resolução Alternativa de Litígios, Regulamentação Legal, Ucrânia, Práticas de Mediação da UE.

INTRODUCTION

The overload of the judicial system, the desire of the conflict parties to take an active part in the process of resolving the dispute between them, the private-law nature of the conflict and the desire for its confidential resolution, as well as a too long and costly judicial process objectively determine the development and active use of alternative methods of conflict resolution. English sociologists defined social conflict as an open struggle between individuals or groups in society or between nation-states (Jary & Jary, 2000). When the key components of a social conflict acquire a legal nature, namely, its parties are participants in legal relations, there is a pronounced conflict of their legal interests, and the consequences of such a conflict will have legal significance, then we are dealing with a legal conflict in the narrow sense of the word, which is the object of consideration and further resolution

using alternative dispute resolution, including mediation.

On the one hand, the principle of people-centeredness and the state's duty to ensure human rights and freedoms enshrined in Article 3 of the Constitution of Ukraine obliges the state not only to create effective mechanisms for the realization of rights and freedoms, but also to ensure their effective protection (Verkhovna Rada of Ukraine, 1996). As a significant number of domestic scientists claim, the right to protection, along with the right to one's own and others' actions, is an integral part of any subjective right, and therefore the lack of effective protection turns the subjective right into a declarative provision that has no chance of being implemented in the real world. On the other hand, increasing the level of legal culture in society and the development of civil society in the state has the consequence of people realizing that it is not necessary to place all responsibility for the settlement of any legal dispute among themselves on the shoulders of jurisdictional bodies, since the members of society are already able to resolve the conflict among themselves through the self-regulation mechanism through negotiations, conciliation, concluding a legally binding agreement based on the results of the dispute resolution, which will have specific legal consequences for its parties.

Despite the fact that the first part of Article 55 of the Constitution of Ukraine stipulates that the rights and freedoms of a person and a citizen are protected by the court, the sixth part of this article enshrines the right of everyone to protect their rights and

freedoms from violations and illegal encroachments by any means not prohibited by law (Verkhovna Rada of Ukraine, 1996). In the legal systems of Ukraine and other European countries, the institution of extrajudicial methods of protecting the rights, freedoms and interests of a person is actively developing, among which it is appropriate to define the institutions of notarial protection, administrative protection, arbitration, negotiations, and mediation. The Law of Ukraine "On Mediation" (Verkhovna Rada of Ukraine, 2022) is a manifestation of law-making based on the "bottom-up" principle, that is, when practice precedes its legislative regulation, and social needs in the development of mediation dictate its framework legal support in order to increase the effectiveness and popularity of this method of dispute resolution. The first domestic mediators and mediation centers appeared on the territory of Ukraine in the early 2000s. At the same time, the complete lack of both legal support for their activities and informing society about the effectiveness of alternative methods of conflict resolution inhibited the development of mediation and led to a low level of its popularity among Ukrainians.

In the context of the study of the institution of mediation at the level of family law disputes, we draw special attention to the fact that not all alternative methods of dispute resolution are proper and effective procedures in the family law plane. Paragraph 4 of Article 6 of the Law of Ukraine "On Arbitration Courts" excludes from the jurisdiction of

arbitration courts cases in disputes arising from family legal relations, except for cases in disputes arising from marriage contracts (agreements) (Verkhovna Rada of Ukraine, 2004). Article 18 of the Civil Code of Ukraine (Verkhovna Rada of Ukraine, 2003) defines the protection of civil rights by a notary public by executing an executive inscription on a debt document in the cases and in the manner established by the Law of Ukraine “On Notaries” and the Order of the Ministry of Justice of Ukraine “On the Procedure for Notarial Acts by Notaries of Ukraine”.

Thus, civil legislation limits the scope of application of the institution of notarial protection to debt obligations, and since it is extremely difficult to find cases of the use of a debt document in the field of family legal relations, the issue of notarial protection in resolving family law disputes loses its relevance. In addition, before the introduction of mediation at the legislative level, notaries had no legal grounds to directly participate in the resolution process between the parties to the dispute, therefore, their work was often limited to providing legal advice on specific issues of applying a specific deed or contract to settle relations and their direct notarization (Tymoshenko et al., 2023).

The above shows that family mediation has its own specifics and the general features of mediation in the family-legal plane acquire special importance. The domestic legal literature reveals the objective prerequisites and factors that determine the development of the institution of mediation as an alternative way to resolve any legal disputes (Polishchuk,

2016; Karpenko, 2020). However, domestic legal science still lacks a comprehensive scientific analysis of the factors that determine the effectiveness of mediation settlement of family law disputes. Therefore, the aim of this article is to analyze the legal framework and practical implementation of family mediation in Ukraine and selected EU countries, highlighting its advantages and potential for further development.

1. MATERIALS AND METHODS

This study employs comparative legal analysis, doctrinal analysis, and case study to examine the legal framework and practical application of family mediation in Ukraine and selected EU countries. The methodology ensures a comprehensive assessment of family mediation as an alternative dispute resolution mechanism, its effectiveness, and its potential for further development.

The comparative legal method was used to evaluate the differences and similarities between the legal regulation of family mediation in Ukraine and various EU countries. This approach enabled a critical examination of the legislative framework, regulating mediation in family disputes (laws, regulations, directives). This method helped to analyze the extent of state involvement in family mediation, including mandatory pre-trial mediation and financial support for mediation services. The status of mediators, their professional training, and accreditation requirements across jurisdictions were examined within the context of this method.

Primary legal sources such as the Law of Ukraine “On Mediation” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2022), the EU Mediation Directive (European Parliament & Council, 2008), and the national laws of selected EU countries were analyzed to assess how different legal systems facilitate mediation in family disputes. Secondary sources included academic articles, legal commentaries, and policy reports. A doctrinal legal analysis was conducted to evaluate theoretical perspectives on the applicability and effectiveness of mediation in family disputes. This method involved a systematic review of legal scholarship, judicial decisions, and legislative documents to define key concepts and principles of family mediation and identify legal gaps in Ukraine’s mediation framework.

A case study approach was utilized to explore real-world applications of family mediation. This included analyzing court decisions where mediation was attempted as an alternative to litigation. This approach also involved examining successful and unsuccessful mediation cases in Ukraine and the EU to understand practical challenges and best practices. The impact of mediation on conflict resolution was assessed by reviewing empirical data from mediation centers, NGOs, and legal institutions that provided mediation services. For Ukraine, case studies focused on pilot mediation programs introduced after the adoption of the Law of Ukraine “On Mediation” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2022).

The research relied on qualitative data analysis, using legislative and

regulatory documents as primary sources, academic literature and policy reports to support theoretical analysis, and case law analysis to provide insights into the practical implications of mediation agreements.

2. RESULTS

Against the background of the European integration processes in Ukraine, it will also be relevant to analyze the normative definitions of mediation in the legislation of the EU countries and acts of the bodies of the European Community. Thus, Directive No. 2008/52/EU defines mediation as “an organized process, whatever its name may be, in which two or more parties try to voluntarily reach a solution to their dispute with the help of a mediator” (European Parliament & Council, 2008). This act of EU law does not contain a mandatory norm regarding the definition of mediation, instead, a universal definition of mediation is provided, which, on the one hand, orients EU member states to the nature of this alternative method of dispute resolution and its essence at the same time, leaving the national law-making bodies within reasonable limits the freedom to formulate their own legal definition of this concept, taking into account the specifics of the specific legal system, the degree of development of legal awareness of the population and other objective factors. In particular, it is at the national level that the state can independently decide on the issue of the obligation to conduct mediation settlement of the dispute, the possibility of the parties to the dispute to go to

mediation after the start of the court process, establishing the categories of disputes in respect of which mediation is prohibited by law or, on the contrary, the conduct of which is mandatory before going to court to resolve such a category of conflict, etc. According to Directive No. 2008/52/EC, mediation is “an organized process, whatever its name may be, in which two or more parties try to voluntarily reach a solution to their dispute with the help of a mediator” (European Parliament & Council, 2008).

Clause 4 of Article 1 of the Law of Ukraine “On Mediation” provides a legal definition of mediation as an out-of-court voluntary, confidential, structured procedure, during which the parties with the help of a mediator(s) try to prevent the occurrence or settle a conflict (dispute) through negotiations (Verkhovna Rada of Ukraine, 2022). Thus, the national legal definition of mediation in the Law of Ukraine “On Mediation” is based on the general principles and essence of mediation stipulated by Directive 2008/52/EC. This approach of the Ukrainian legislator to the definition of the national model of mediation corresponds to Ukraine’s obligation to implement measures to harmonize domestic legislation with the EU legal system and to gradually adapt Ukrainian law to the EU *acquis*. The signs of mediation, reflected in its normative definition, acquire special value in the settlement of family law disputes. For example, the out-of-court nature of mediation means that it can be conducted independently of the court process, i.e., both before the start of court proceedings or in parallel with the ongoing court process regarding a

similar dispute, and after the end of the court proceedings. This conclusion has a normative basis at the level of the second part of Article 3 of the Law of Ukraine “On Mediation” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2022).

According to the given normative definition, mediation can be used not only to settle an existing dispute, but also to prevent a conflict. In the field of family law, the indicated feature of mediation becomes relevant, since the strong emotional interdependence between family members has the consequence that the prerequisite for conflicts between them is not so much the violation of rights or interests protected by law, but emotional tension in communication, resentment, dissatisfaction with family life in general. The emotional component of the family conflict described by us is often of primary importance, because it is the root of the dispute in the family. However, the specified component is not examined at all during the judicial resolution of the dispute, since the relevant issues do not belong to the competence of the courts, which mostly operate in legal rather than moral categories, and which are called to resolve issues of a purely legal nature, related to the non-recognition, challenge or violation of rights or interests (Babikov et al., 2023). In this regard, the extrajudicial character in combination with the preventive function of family mediation can ensure the restoration and preservation of healthy relationships in the family and prevent the emergence of a dispute that will lead to the most negative consequences, in particular,

termination of marriage, deprivation of parental rights, etc.

The first feature of mediation to consider is the mediability of a family law dispute. The issue of mediability of legal disputes has already been studied by some Ukrainian legal scholars. In particular, representatives of the Kyiv School of Law define mediability as a property of a legal conflict (legal dispute), thanks to which it can be settled directly by the parties to the conflict (dispute) during the mediation procedure (Yanovska & Bitsai, 2014). In turn, Tokareva (2023) suggests that the criteria for mediability of a dispute should be understood as its characteristics, which determine the probability of effectiveness of applying the mediation procedure to it [11]. In addition, Mazaraki (2018) defines mediability as a set of features that potentially make it possible to start a mediation procedure and achieve a peaceful and mutually beneficial solution to a legal dispute.

The first criterion for the mediability of a family law dispute is the absence of a mandatory ban on family mediation in Ukrainian legislation. Thus, the first part of Article 3 of the Law of Ukraine “On Mediation” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2022) directly provides for the possibility of mediation to prevent and settle family disputes. Moreover, domestic family legislation contains norms that provide participants in family legal relations with a certain legal freedom, in particular, contractual freedom, ensure the dispositive nature of legal regulation of family relations, and therefore contribute to the use of alternative methods of resolving family

legal disputes without the involvement of courts or other jurisdictional bodies, including family mediation. The second part of Article 7 of the Family Code of Ukraine (Verkhovna Rada of Ukraine, 2002) gives the contract the status of a source of family law, and the third part of this article, as a general principle of family law, enshrines the principle of regulating family relations within the limits that are permissible in view of moral principles, the interests of society and the immediate subjects of family legal relations. It can be concluded that a system of self-regulation can be established in the part that remains largely unregulated by legislation and lacks judicial oversight. This mechanism entails the participants of these relations regulating their own conduct, particularly through the process of mediation among themselves. Kononov and Petrovska (2014) single out a relative condition, such as the possibility of concluding a settlement agreement provided for by law in the relevant category of disputes.

The next criterion for the mediability of family law disputes is their private legal nature, which requires the consideration of various aspects of the personal life of individuals when resolving them. In the motivational part of the court decisions, adopted as a result of the consideration of the lawsuits on divorce, determination of the place of residence of the child or the division of joint property of the spouses, it is often possible to find references of the courts to information of a personal or even intimate nature as evidence of the existence of circumstances that justify claims or objections in such cases

(Nepypa, 2020). As already indicated above, one of the European standards of mediation, which has received its regulatory consolidation at the national level, is the principle of confidentiality of mediation, according to which the mediator and other participants in the mediation are obliged not to disclose confidential information that has become known during the preparation for mediation and mediation (for example, the fact that the parties turn to a mediator for the resolution of a specific conflict or judgment, the position of the party expressed during the process of mediation settlement of the dispute, the content of the mediation agreement, etc.).

It is the confidential nature of the preparation for mediation, its conduct and the results of the mediation resolution of the dispute, regardless of whether the relevant contract is ultimately concluded or the conflict is left without a final settlement, that makes this form of alternative conflict resolution particularly comfortable and acceptable for resolving family law disputes, which more often than any other category of disputes relate to the private life of a person, and therefore their consideration in the vast majority of cases will be based on the study of personal information. Thus, in case No. 205/7324/21, the Leninsky District Court of Dnipropetrovsk (2022) stated that the parties' life together did not work out, as they have different views on family life, responsibilities and raising a child. The defendant drinks alcoholic beverages, does not pay attention to his daughter. During quarrels, he used profanity, shouted, insulted the plaintiff,

threatened physical violence and repeatedly used it against his wife. During such quarrels, the daughter was next to or in her mother's arms, crying.

The information presented in the decision of the Rakhiv District Court of Zakarpattia Oblast (2024) in case No. 308/7171/24 is classified by the European Court of Human Rights as particularly sensitive; its distribution in public can create extremely negative consequences for a person, significantly harm a person's reputation and cause moral damage. In particular, the said decision contains the court's statements regarding the Defendant's presence of chronic diseases, the use of drugs to prevent pregnancy, the abuse of medical drugs, the Defendant's systematic use of oral contraceptive hormonal pills, her infertility, etc. The judicial resolution of a family conflict, which is based on the standard of publicity of the proceedings, openness of the judicial process, cannot absolutely ensure the inviolability of the secrets of personal and family life. This problem is exacerbated in small settlements, where, due to the small number of residents, people are especially worried about the possible dissemination of information about the existence of a family conflict, its nature, causes of its occurrence, and the results of its resolution as a result of the court process. At the same time, mediation helps to eliminate the outlined risks and leave absolutely all information regarding the family law dispute within the framework of the dialogue between its parties.

Among the general principles of the regulation of family legal relations, provided for in Article 7 of the Civil Code

of Ukraine (Verkhovna Rada of Ukraine, 2003), a rule is established according to which the regulation of family relations is carried out taking into account the right to privacy of the personal life of their participants, their right to personal freedom and the inadmissibility of arbitrary interference in family life. This rule once again proves the expediency of the use of mediation mechanisms by the participants of family legal relations to resolve conflicts among themselves, within which both the mediator and any other participants in this dispute settlement procedure have the obligation not to disclose information either about the very fact of the initiation of mediation, or any information that became known in connection with the conduct of family mediation.

Despite the clearly positive nature of the normative consolidation of the principle of confidentiality of mediation for the resolution of family conflict, it is necessary to consider the shortcomings of the national legal guarantee of this standard. According to Article 6 of the Law of Ukraine “On Mediation” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2022), the persons specified in the first part of this article bear the responsibility for disclosing confidential information provided for by law. At the same time, neither the criminal law nor the law on administrative responsibility contains any special rule that would contain the composition of the corresponding offense and the sanction that should be applied to the person guilty of disseminating confidential information about mediation and its participants. The issue of the entity authorized to investigate the circumstances of the

illegal dissemination of confidential information that became known during the mediation process remains completely unresolved.

There is no provision for any disciplinary responsibility for the mediator in the event that he violates the confidentiality standard in his work, which may well indicate his professional deformity, negligence or even an insufficient level of professional training, and therefore objectively requires the onset of disciplinary responsibility in such a case. Such a significant violation of the mediator can be considered as an objective basis for his temporary or indefinite removal from the activities of the mediator, depending on the scale and consequences of his unlawful dissemination of confidential information. The relevant circumstances lead to the fact that the parties to the mediation cannot be sure of the non-disclosure of information, and, for example, during the resolution of family disputes, this is extremely important, since the relevant category of disputes mostly contains private information. It is also appropriate to note that the rule, which is quite reasonable, but not fully implemented, is that the mediator cannot be questioned as a witness in the proceedings regarding the information that became known to him during the preparation for the mediation and the conduct of the mediation. Indeed, relevant changes regarding the impossibility of interrogating the mediator were made in the civil procedural legislation. However, there is no mention of the impossibility of interrogating the mediator in criminal proceedings.

The next sign of the mediability of family disputes is their complex and interconnected nature, since the resolution of one dispute is logically transformed into the need to settle another property or non-property family conflict. In particular, when deciding the issue of establishing a regime of separate residence of spouses, the so-called temporary separation of spouses, there is a simultaneous need to determine the place of residence of the child, establish the regime of participation in the upbringing of the child of the other spouse with whom the child does not live, determine the procedure for using the joint property of the spouses or more clearly regulate the responsibilities of the spouses regarding maintenance. When resolving court cases regarding divorce, one can observe how other disputes arise in the future, namely regarding the division of joint property of the spouses, determination of the child's place of residence, collection of alimony and additional costs for the child, etc. The examples given by us clearly illustrate the complex nature of family disputes, and court practice shows that a full-fledged resolution of a family conflict requires a lot of time and significant financial resources to cover court costs. This substantiates the expediency and effectiveness of mediation, which does not have the same level of formalization and imperative in matters of procedure as a court process, and therefore allows, unlike the latter, flexibility in the resolution of a family dispute, the transition of parties from one aspect of the conflict to another, settlement of a dispute that has appeared on the

surface already after the start of mediation.

In this context, the key advantage of mediation is the absence of an imperative rule inherent in the judicial process, that the resolution of the dispute must take place exclusively within the limits of the stated requirements, in connection with which, the mediator has an objective opportunity to contribute to the resolution of any conflict that exists between the parties of family mediation, regardless of what request they primarily addressed to the mediator, which is an advantage of family mediation. This conclusion corresponds to the approach of the Ukrainian legislator, expressed in Article 21 of the Law of Ukraine “On Mediation” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2022). According to them, in an agreement based on the results of mediation, the parties to the mediation can go beyond the scope of the claim (statement), if the mediation is conducted after the start of the court process.

In addition, an important feature of mediation in family disputes, which is at the same time its advantage compared to the judicial process, is the absence of a mandatory mediation procedure defined at the level of legislation. This gives the parties the opportunity to independently choose the most optimal model of mediation settlement of a family conflict, taking into account the special factual circumstances of a particular dispute. In this context, “procedural flexibility” of mediation directly follows from its fundamental principle - the voluntary character of mediation settlement of a

dispute. Paragraph 13 of Directive No. 2008/52/EC (European Parliament & Council, 2008) stipulates that the mediation provided for by this Directive must be a voluntary process in the sense that the parties independently manage the process and can organize it at their own discretion and terminate it at any time. While the definition of the principle of voluntary mediation in Article 5 of the Law of Ukraine “On Mediation” does not include the right of the parties to organize and manage the mediation process, as it is provided as an element of another principle, namely the principles of self-determination and equality of rights of the parties to the mediation, stipulated in Article 8 of this Law (Verkhovna Rada of Ukraine, 2022).

The analysis of the provisions of the Law of Ukraine “On Mediation” gives reason to conclude that Ukrainian legislation does not define a clear and universally binding algorithm for dispute settlement through mediation, since the law only establishes the principles and limits of mediation and generally defines the key stages of this alternative dispute resolution procedure. In accordance with Article 16 of the Law of Ukraine “On Mediation” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2022), before the start of mediation, a mediator or an entity providing mediation shall carry out preparatory measures with the parties to an existing or possible conflict (dispute), together or separately, to clarify the possibility of mediation in order to prevent the occurrence or settlement of a conflict (dispute) in particular, meetings, collection and exchange of information, documents necessary for the parties to the conflict (dispute) to make a decision

and the mediator's decision to participate in mediation, as well as other measures agreed between the parties to the conflict (dispute) and the mediator or the entity providing mediation.

Although Article 3 of the Law of Ukraine “On Mediation” allows the legislator to regulate the specifics of conducting mediation in certain categories of conflicts (disputes), including family conflicts, at the same time, neither a special law, nor the Family Code of Ukraine, nor any other regulatory legal act defines the specifics of conducting family mediation. This is a clear shortcoming of the national legislation on mediation, given the specific nature of family disputes. At the same time, international standards define certain special requirements for the family mediation procedure. For example, the UN Committee on the Rights of the Child (2009) noted that in cases of mediation, “the child must have the opportunity to give voluntary and free consent and must be given the opportunity to receive legal and other advice and assistance to determine the feasibility and desirability of mediation.”

The above criteria for the mediability of family law disputes are objective in nature, as they relate to the nature of the relationship where relevant conflicts arise. At the same time, there are also subjective criteria for the mediability of family law disputes arising from the specifics of the subjects who are conflicting parties and, accordingly, participants in the mediation procedure. The first subjective criterion of the mediability of family law disputes to analyze is the emotional tension that accompanies the settlement of almost

every dispute in the family law field. Unlike a court process, which, due to its adversarial nature, often intensifies the emotional tension between the parties, the mediator directs significant efforts to reduce the emotional pressure in the communication of the parties and create conditions favorable for finding a compromise (Derevyanko et al., 2023). In this regard, mediation significantly “wins” among other methods of settling family conflicts, in the application of which the emotional component of the conflict is generally ignored.

Secondly, the subjective criteria for the mediability of family law conflicts include the parties’ lack of independent negotiation skills and legal education, which leads, on the one hand, to the impossibility of representing their interests in court independently (without the involvement of a lawyer), and on the other hand, to the inability to independently conduct effective negotiations and fully exhaust the existing family legal conflict. Since the participants in family relations are physical persons related to each other by blood, marriage or family ties of another nature, and the relations themselves arise in a private-legal, mainly non-property plane, the parties to a family law dispute do not have a sufficient level of knowledge and skills for a legal, reasonable and effective resolution of the conflict among themselves, in connection with which there is a need to involve a neutral party who has professional skills in the field of out-of-court dispute resolution (Horielova & Vishnevskaya, 2024).

Thirdly, the need and interest of the participants in disputed legal

relations in maintaining relations between themselves should also be considered as a subjective criterion for the mediability of family law disputes. Family legal relations are characterized by the longevity of their existence, a close connection between their participants, which often acquires a personal non-property nature, due to which the presence of a dispute and even the termination of individual family legal relations does not mean the automatic termination of any legal relationship between the parties. For example, the divorce and the termination of family-marital relations do not terminate the family relations between the former spouses regarding the maintenance and upbringing of a common child or the property relations regarding the possession, use and disposal of objects of common shared property. In this context, family mediation is a constructive and inclusive method of resolving family conflicts is correct. It enables families to overcome their differences, build bonds and find long-term solutions by encouraging open conversation, understanding and mutual agreement. Family mediation is an excellent method for establishing harmony and maintaining good family dynamics due to its many advantages and effective results (Petrova, 2024a). Indeed, mediation as an out-of-court voluntary dispute settlement procedure also performs the function of “healing” relations between conflicting persons, since the procedure of joint search for a compromise enables persons to learn to negotiate, agree, communicate and find a “golden mean” that suits both, therefore, the participants of the

mediation procedure receive both an objective opportunity to maintain partnership relations with each other and the communication skills necessary for this.

The signs of the mediability of family legal disputes outlined by us give grounds to conclude about the autonomy and uniqueness of family mediation. Petrova (2024b) draws attention to the independent nature of family mediation, who gives the following definition of the specified concept: family mediation is a structured, interactive form of alternative dispute resolution, with the help of which a neutral third party, a mediator, helps family members to negotiate a family conflict, often related to divorce, which may concern property division, child custody, alimony agreements, etc. Emphasizing the independent nature and peculiarity of family mediation, Petrova (2024b) also notes that during a typical conflict resolution meeting, the parties are in separate rooms, and their attorneys move between the client's room and a third meeting location to convey each side's position. There is never any direct contact between the parties. During family mediation, the parties meet face-to-face, usually without lawyers, but in the presence of a trained family mediator. A settlement meeting can be effective in reaching an agreement, but mediation resolves the emotional aspects of the conflict, making it possible for the relationship to continue. This is important for all family conflicts, but it is especially important when children of any age are involved.

Therefore, the high degree of mediability of a family law dispute, the compatibility of the features of mediation with the nature of family disputes, as well as the positive foreign experience of using mediation to resolve family law conflicts provide grounds for distinguishing family mediation as an independent form of alternative out-of-court settlement of a dispute, which has specific features compared to other methods of settlement of such conflicts, as well as to other forms of mediation (business mediation, criminal mediation, labor mediation, etc.). The factors outlined above point to the prospect of active and effective use of family mediation in Ukraine, in connection with which, it will be appropriate to form a special legal support for family mediation both at the level of recommendatory acts and normative prescriptions, which will establish the basic principles, principles and imperative rules for conducting the family mediation procedure.

In Ukraine, it is expedient to direct state resources to the creation of an autonomous family mediation platform and support of non-profit organizations whose purpose is alternative, including meditation, resolution of family legal disputes. As state support for the system of free legal aid has facilitated access to professional assistance in a variety of legal matters, a state-supported family mediation institution, founded on principles of quality and accessibility, has the capacity to achieve several significant objectives. Primarily, it can enhance legal awareness among the Ukrainian population, thereby fostering greater trust and confidence in

alternative dispute resolution methods. Moreover, it has the potential to alleviate the burden on the national justice system by reducing the number of court proceedings related to family disputes.

3. DISCUSSION

In the legislation of EU countries, alternative methods of dispute resolution, including those arising in the field of family relations, began to receive legal support long before the adoption of a special law in Ukraine. Thus, family mediation in EU law has already acquired an independent meaning and received a special legislative regulation. Given the strengthening of European integration processes in Ukraine, it will be useful and relevant to study the legal regulation and practice of mediation in family disputes in the EU countries.

The issue of the independence of family mediation deserves special attention in view of the specifics of providing it with special legal regulation in the legislation of EU countries. The Committee of Ministers of the Council of Europe (1998) noted that mediation can be applied to all disputes arising between members of the same family who are related by blood or marriage and all those who live or have lived in family ties in accordance with how they are defined in national legislation. Family mediation has received its own special legal support in many European countries with a developed system of alternative means of dispute resolution.

In Austria, mediation was first used in the late 1990s as an experimental reform aimed at relieving the burden on the national judicial system. On the basis of individual

judicial bodies, mediation centers were created, which offered married couples who applied to the court with a claim for divorce, carry out the divorce procedure with the resolution of all legal and economic aspects with the support of a neutral third party (mediator). The key task of the first Austrian mediation centers in the courts was to ensure a peaceful resolution of a family dispute between spouses for the voluntary conclusion of an agreement that would regulate the relations of already divorced parents regarding the upbringing and maintenance of children. Since the first centers on family mediation showed successful work and significantly relieved the burden on the Austrian courts, legal regulation of family mediation was introduced throughout Austria at the regulatory level. Finally, Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (hereinafter – Austrian Mediation Act) was adopted by Nationalrat (2003), which provided a legal possibility to use mediation to settle civil disputes of all categories. Family mediation occupies an independent place in German legislation, where, according to the German Social Law Code, the authority to organize mediation in disputes related to the problems of raising children is entrusted to the relevant system of specialized institutions. In Germany, family mediation also includes inheritance cases related to a dispute between heirs who are members of the same family (Yosypenko, 2017).

The Family Law Act (Parliament of the United Kingdom, 1996) regulates the family mediation procedure in detail, in particular, establishes guarantees of

access to family mediation, regulates the issue of reimbursement of expenses incurred in connection with mediation, and regulates the duty of the mediator to ensure that the interests, needs and feelings of each child are taken into account when settling a family dispute, as well as the duty of the mediator, if there is an objective opportunity to listen to the child during family mediation in a dispute that affects his interests. According to the provisions of the Children and Families Act (Parliament of the United Kingdom, 2014), disputes concerning children (determination of their place of residence after the divorce of parents, distribution of obligations for the financial support of the child between parents, etc.) cannot be resolved in court, until at least one mediation meeting is held for the peaceful settlement of the dispute.

Family mediation also received special legal support in *Avioliittolaki* (hereinafter – Finnish Marriage Act) adopted by Eduskunta (1929); Chapter IV regulates the principles and basic rules of mediation in family conflicts, which is of primary importance compared to court proceedings. According to Article 21 of the Finnish Marriage Act, the mediator must strive to establish a confidential and open discussion between family members. In addition, this article establishes a special task of the family mediator - ensuring the special status and interests of minor family members. The Finnish Marriage Act also regulates the organization and administration of mediators in detail, in particular, the Ministry of Social Affairs and Health is defined as the body that provides

general planning, management and supervision of mediation in family matters and issues more detailed rules and instructions on mediation in family matters (Article 22 of the Act), qualification requirements for professional mediators in the resolution of family disputes and mandatory licensing of mediation activities are also provided for, in particular, permission may also be granted upon application to a person who is familiar with the work of child protection or family counseling or family law and who, based on previous experience and personal characteristics, has sufficient conditions to perform the role of a mediator (Article 23 of the Law) (Eduskunta, 1929).

Compared to other European countries, the model of family mediation in Lithuania is unique, which takes the form of judicial mediation in civil, including family cases. Here, the mediation resolution of family conflicts does not have an autonomous and out-of-court character, based on international standards, because according to Lithuanian law, judicial mediation is conducted free of charge in the premises of the court by a judge or an assistant judge who has special professional training and belongs to the list of court mediators (Pali & Voet, 2009). Such an approach to the regulation of family mediation will have clear obstacles and risks for borrowing in Ukraine, given the heavy workload of the national judicial system, the personnel “crisis” in the judicial authorities, the high degree of mistrust of the Ukrainian population in the domestic justice system, the threat violation of the

principle of independence and impartiality of the court, as well as considering the occurrence of a conflict between the already existing Ukrainian legislation procedure for the peaceful settlement of a dispute with the participation of a judge and the described model of judicial mediation introduced in Lithuania. Therefore, this model of family mediation can have negative consequences if it is implemented in Ukraine without prior reform of the judicial system as a whole.

The experience of European countries to give family mediation an independent meaning as a legal and social institution in the field of alternative dispute resolution is considered positive. It is expedient to borrow the European experience of special legal regulation of the mediation procedure in family conflicts, regulating its main principles and rules of implementation at the level of a separate section of the Family Code of Ukraine or the Law of Ukraine “On Mediation.” Finland’s experience in administering the activities of mediators is also worthy of attention; it possible to entrust the Ministry of Justice of Ukraine together with the Ministry of Social Policy of Ukraine to administer the activities of family mediation centers created with the support of the state and at the level of subordinate legal acts to regulate the rules of mediation for the resolution of family law disputes.

Furthermore, positive is the experience of European countries using various state support programs for family mediation centers, within which their activities are financed from public budget funds. In particular, similar

programs of state funding of the family mediation institute have been successfully implemented in Ireland, Denmark, and Australia, where free mediation is provided to all married couples to resolve family conflicts between them regarding divorce, child support, etc. The experience of European countries shows that the institution of family mediation in Ukraine is at the stage of formation in view of the ongoing reform of domestic justice, the absence of framework legislation on mediation until 2021, proper special legal support for family mediation at the present time, and the distrust of Ukrainian society in the mechanism of alternative mediation (out-of-court dispute settlement). In this regard, the state must not only create appropriate legal conditions for the development of family mediation but also to direct personnel and financial resources to stimulate the activities of national centers for mediation and mediation in family disputes, encourage Ukrainian families to apply to relevant organizations for out-of-court dispute resolution, and popularize the institution of family mediation in Ukrainian society as an effective, fast and profitable mechanism for overcoming family legal conflicts.

In order to ensure the active use of alternative methods of dispute resolution, including family mediation, the legislation of some European countries at the level of procedural legislation has introduced the principle of mandatory preliminary mediation resolution of certain categories of disputes before going to court. Therefore, in view of the principle of

voluntary mediation enshrined in the Law of Ukraine “On Mediation” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2022) and in EU regulatory acts, and also, given that domestic legislation is at the stage of its formation and active development, in our opinion, it will be useful to analyze the legislative approaches of individual European states to solving the acute problem of the correlation between the principle of voluntary mediation and the state’s obligation to stimulate and encourage the population to use alternative methods of dispute resolution.

The main problem with the introduction of the mandatory mediation mechanism is the risk of violation of the right to a fair hearing by an independent court established by law, guaranteed by Article 6 of the European Convention on Human Rights. By the way, it is precisely the content of the right to a fair trial and the duty of states to ensure access to the court that led to the consolidation of voluntary mediation in the legislation of the vast majority of European countries as one of its principles.

When examining the feasibility and admissibility of introducing a mandatory family mediation mechanism, it is necessary to pay attention to the practice of the European Court of Justice on this issue. Key in this matter is the position of the Court of Justice of the European Union (2010) in the case of *Alassini v Telecom Italia SpA*. The Court noted that limiting the fundamental right to a fair trial (and the right to access to a court as an aspect of it) is possible given the fact that in certain types of cases, alternative dispute resolution methods are “quicker,

less expensive and more likely to provide a satisfactory long-term solution.”

At the same time, in the practice of European countries, examples of active use of the family mediation mechanism can be found in the absence of any imperative prescriptions regarding its mandatory implementation in the legislation. For example, the legislation of the Netherlands does not contain any provision that would directly or indirectly oblige the parties to enter into mediation for the settlement of a family conflict, while the ratio of dispute settlement methods used during the dissolution of marriage indicates the advantage of mediation: during 2018-2019, only 5% of citizens used the judicial procedure for settling disputes related to divorce, 34% of spouses reached an agreement on their own without the involvement of a mediator, later turning to the court only to formally obtain a decision on dissolution of marriage, 41% of all divorces of spouses took place with a jointly engaged mediator, and in 10% of cases each spouse was additionally assisted by other specialists (as a rule lawyers) (Librallex, 2021).

Analyzing the idea of mandatory mediation, the establishment of a general imperative at the level of legislation on the mandatory conduct of mediation in all categories of disputes before going to court will not correspond to the content of the right to a fair trial and will have risks of prolonging the terms of settlement of the dispute in view of the lack of grounds for stopping the running of the statute of limitations during mediation. The implementation of the concept of mandatory mediation should take place in a balanced way,

taking into account the nature of the dispute, the sphere of relations where it arose, the duration or repetition of its existence between the parties and other special factual circumstances of a specific case.

In some categories of cases, the essence and nature of the dispute itself determine the effectiveness of a peaceful, rather than adversarial, method of its settlement and conducting negotiations to prevent the re-emergence of the conflict, and the latter generally does not occur during the court process. This article substantiates that the close relationship between the parties to a family conflict, frequent emotional tension between them, and the objective need to preserve relations between family members can be considered as factors determining the expediency of using the mandatory family mediation mechanism. For example, Children and Families Act (Parliament of the United Kingdom, 2014) obliges to hold at least one meeting with a mediator for the purpose of pre-trial settlement of a family dispute concerning children before going to court. This approach of the British legislator has a logical explanation, because when considering this category of cases, it is often necessary to best ensure the interests of the child, to preserve family relations even after the divorce of the spouses, in connection with which it is not enough to formally resolve the conflict according to the letter of the law, and it is necessary to apply knowledge and practical skills in psychology to formulate not just a legal, but an individual and useful for the

family formula for solving a specific conflict.

The experience of England regarding the indirect stimulation of family mediation is also interesting: in the event of a person's unjustified refusal of the court's proposal to conduct mediation, the court, regardless of the final court decision, usually imposes on the party that refused the conciliation procedure the burden of reimbursing the other party's legal costs. We are also impressed by the provision of the UK Act regarding the statutory list of exceptions when the requirement for mandatory family mediation does not apply, in particular, in the case of domestic violence in the family, the stay of one of the parties to the dispute in places of deprivation of liberty, etc.

Within the framework of the issue of the obligation of family mediation, it is advisable to study the experience of Italy, where the obligation of the parties to the dispute to mediate before the start of the court process was based not so much on the nature of the dispute and the effectiveness of its peaceful settlement, but on statistical data regarding the workload of the Italian courts with the relevant categories of disputes and, accordingly, the desire of the state to relieve the courts of these cases: disputes regarding co-ownership of land, property rights, division of assets, succession, family contracts, leasing, loans, commercial leases, medical and paramedical liability, defamation, insurance and banking and financial transactions. Such a wide list of disputes identified for mandatory mediation, where the conciliation procedure is not effective and

appropriate in all cases, resulted in the adoption by the Italian Constitutional Court of a decision to recognize the relevant legal norm on mandatory mediation as unconstitutional. This decision became an impetus for reforming the mechanism of alternative dispute resolution, as a result of which the procedure of mandatory court-ordered mediation was introduced, which can take place not only after the start of the trial, but also during the consideration of cases in the court of appeal. In this case, the obligation to conduct mediation is not based solely on a general regulatory prescription, but on the court's analysis of the actual circumstances of a specific case and the court's conclusion about the effectiveness of the mediation settlement of a specific dispute.

CONCLUSIONS

Summarizing the analysis of the experience of European countries regarding the legal regulation and practice of family mediation, we can draw a general conclusion that the given norms of foreign legislation in combination with specific cases of the application of mediation in family disputes prove its efficiency, effectiveness and the presence of numerous advantages compared to the judicial process of consideration of family cases. Confidentiality, economic efficiency, "flexibility" of the procedure, the absence of excessive formalism, a complex and creative approach to the simultaneous resolution of the entire set of conflicts in the family, both legal and non-legal, in family mediation indicate

that it is quite suitable for the field of family relations. An analysis of the current state of legal support for mediation shows that currently there is only a framework general legal regulation of mediation, and therefore there is a need for the development of Ukrainian legislation on family mediation in order to ensure the legal conditions for its development and effective application. In view of the European integration processes in Ukraine, during the formation of special legislation on family mediation, it is advisable to borrow the positive experience of European countries regarding the regulation of certain aspects of family mediation, in particular, to distinguish it as an independent type of alternative dispute resolution, to introduce mechanisms of state, including financial support for the activities of family mediation centers, to regulate the powers of courts regarding the appointment of family mediation, both before the start of the trial and at the stage of appellate review of the case, to establish a list of cases when conducting family mediation is impossible.

At the same time, it is necessary to take a critical attitude to certain provisions of foreign legislation in view of the social and legal peculiarities of Ukraine, in particular, to the norms regarding mandatory mediation, the absence of which eliminates the appeal to court or the procedure of conducting mediation by a judge. "Blind" copying of European legislation without analyzing the prospects of its application in Ukrainian realities can leave a negative impression on the entire further development of the institution of family

mediation. Therefore, the institution of family mediation should become the subject of numerous domestic interdisciplinary studies by lawyers, psychologists, and sociologists, on the qualitative results of which the concept of special legislation in this area should be built.

REFERENCES

- BABIKOV, O., AMANBAY, Z., PLAKHOTNIK, O., KHOVPUN, O., & LYSEIUK, A. M. (2023). Ensuring procedural guarantees and the right to a fair trial during the examination of motions to conduct covert investigations. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 18(2), 95-111.
- COMMITTEE OF MINISTERS OF THE COUNCIL OF EUROPE. (1998). Recommendation No. R (98) 1 to Member States Regarding Mediation in Family Matters. Retrieved from <https://rm.coe.int/rec-98-1e-on-family-mediation/1680a3b3ef>
- COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. (2010). Case No. C-317/08 “Alassini and others v Telecom Italia SpA” Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0317>
- DEREVYANKO, B., LOHVYENENKO, M., NEZHEVELO, V., NIKOLENKO, L., & ZAHRI SHEVA, N. (2023). Legal foundations for resolving land disputes through mediation as an alternative dispute resolution method. *European Energy and Environmental Law Review*, 32(5), 248-256.
- EDUSKUNTA. (1929). Avioliittolaki. Retrieved from <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantas/a/1929/19290234#O1L5>
- EUROPEAN PARLIAMENT & COUNCIL. (2008). Directive No. 2008/52/EU “On certain aspects of mediation in civil and commercial matters”. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2008/52/oj/eng>
- HORIELOVA, V. & VISHNEVSKA, Y. (2024). Concept and content of professional ethics of a mediator. *Legal Horizons*, 19(4), 34-38. <https://doi.org/10.54477/LH.25192353.2023.4.pp.34-38>
- JARY, D. & JARY, J. (2000). *Collins dictionary of sociology*. London: HarperCollins.
- KARPENKO, R. (2020). Historical prerequisites for the introduction of mediation in Ukraine and other countries. *Entrepreneurship, Economy and Law*, (4), 28-36.
- KONONOV, V. V. & PETROVSKA, M. P. (2016). Criteria for the mediability of land disputes. *Legal Scientific Electronic Journal*, 4, 90-93.
- LENINSKY DISTRICT COURT OF DNIPROPETROVSK. (2022). Decision in case No. 205/7324/21. Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107092256>
- LIBRALEX. (2021). EU: The impact of the EU Mediation Directive 2008/52/EC. Retrieved from <https://libralex.com/publications/t>

- he-impact-o-the-EU-mediation-directive
- MAZARAKI, N. A. (2018). Regarding the concept of mediability of the dispute. *Entrepreneurship, Economy and Law*, (12), 258-262.
- NATIONALRAT. (2003). Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen. Retrieved from <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20002753>
- NEPYIPA, R. O. (2020). Issues of the execution of judgements of the European Court of Human Rights in Ukraine and their possible solutions. *Legal horizons*, 20(33), 23-29.
- PALI, B. & VOET, S. (2009). *Family mediation in international family conflicts: The European context*. Leuven: Katholieke Universiteit Leuven.
- PARLIAMENT OF THE UNITED KINGDOM. (1996). The Family Law Act 1996. Retrieved from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/27/enacted>
- PARLIAMENT OF THE UNITED KINGDOM. (2014). Children and Families Act 2014. Retrieved from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/6/section/10/enacted>
- PETROVA, I. (2024a). Family mediation: Strengthening relationships and resolving conflicts. *Small Notary Encyclopedia*, 2, 44-46.
- PETROVA, I. (2024b). The value of mediation conducted by notaries in family conflicts. *Small Notary Encyclopedia*, 3, 92-97.
- POLISHCHUK, M. Ya. (2016). Prerequisites for the introduction of mediation as a way of resolving civil disputes in Ukraine. *Comparative and Analytical Law*, (3), 77-80.
- RAKHIV DISTRICT COURT OF ZAKARPATTIA OBLAST. (2024). Decision in case No. 308/7171/24. Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/121151264>
- TOKAREVA, K. (2023). Criteria for mediability of disputes. In *Research Online Conference "Current Issues of Legal Science and Practice"* (pp. 166-168). Kyiv: Research Institute of Public Policy and Social Science.
- TYMOSHENKO, O., TYMOSHENKO, M., Bychkova, S., Omelko, I., & Matvieieva A. (2023). The current state and prospects for the development of mediation in Ukraine through the prism of the experience of the countries of the European Union. *International Arbitration Law Review*, 26(4), 311-329.
- UN Committee on the Rights of the Child. (2009). General comment No. 12: The right of the child to be heard. Retrieved from <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>
- VERKHOVNA RADA OF UKRAINE. (1996). Constitution of Ukraine. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

- VERKHOVNA RADA OF UKRAINE. (2002). Law of Ukraine No. 2947-III. Family Code of Ukraine. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>
- VERKHOVNA RADA OF UKRAINE. (2003). Law of Ukraine No. 435-IV. Civil Code of Ukraine. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>
- VERKHOVNA RADA OF UKRAINE. (2004). Law of Ukraine No. 1701-IV “On Arbitration Courts”. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1701-15#Text>
- VERKHOVNA RADA OF UKRAINE. (2022). Law of Ukraine No. 1875-IX “On Mediation”. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-20#Text>
- YANOVSKA, O. & BITSAL, A. (2014). Features of the lawyer’s participation in the mediation procedure. *Bulletin of the Taras Shevchenko National University of Kyiv*, 1, 21-24.
- YOSYPENKO, S. T. (2017). Prospects of institutionalization of family mediation in private legal relations. *Scientific and Information Bulletin of the Ivano-Frankivsk University of Law named after King Danylo Halytskyi*, 3(15), 201-209.

A (IR)RECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE RECUSA A INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE: UMA ANÁLISE À LUZ DO ACESSO À JUSTIÇA.¹¹⁰⁵

THE (UN)APPEALABLE DECISION THAT REFUSES THE AMICUS CURIAE INTERVENTION: AN ANALYSIS IN LIGHT OF ACCESS TO JUSTICE.

Osmar Mendes Paixão Côrtes

Pós-doutor em direito pela UERJ, doutor em direito pela PUC/SP, mestre em direito e estado pela Unb, professor titular do PPGD do IDP, advogado. Email: osmar@paixaocortes.com.br.

Igor Itapary Pinheiro

Mestre em direito constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, juiz federal. Email: itapary@yahoo.com.br

RESUMO: O Estado deve se aperfeiçoar para lidar com a heterogeneidade advinda de uma sociedade que se revela cada vez mais complexa e plural. E, com relação ao processo, o mesmo deve ocorrer, especialmente à luz da Constituição de 1988, a partir de quando o Estado Democrático de Direito passa a manter intensa e fértil interlocução com constitucionalismo, com a democracia e, inegavelmente, estabelece o acesso à justiça como um de seus pilares. Nesse sentido, ganha relevância o estudo do *amicus curiae*, uma figura de origem controversa, mas que ganhou importância ímpar no direito norte-americano quando a sua intervenção é admitida para municiar o julgador na tarefa de construir decisões mais justas mediante a redução de déficits informacionais e na defesa de interesses institucionais. Cuida-se, pois, de um elemento que abre os debates, antes limitado apenas às partes, e leva ao

julgador pontos de vista e elementos e dados, antes desconhecidos ou ignorados, sobre o direito controvertido conferindo, bem por isso, maior legitimação democrática ao processo decisório e incrementando o acesso de diversos segmentos sociais ao Poder Judiciário, tudo em manifesto prestígio ao exercício da cidadania. O artigo 138 do Código de Processo Civil inovou ao prever o regime jurídico do *amicus curiae*, já na sua parte geral, o que permite com que intervenha, em princípio, nos mais variados procedimentos. E, admitido que seja, cabe ao julgador estabelecer os contornos de sua atuação sendo certo, ademais, que a dialeticidade do processo pressupõe o constante diálogo entre o julgador, as partes e os terceiros intervenientes. A relevância institucional dos *amici curiae* demonstra ser incompatível com as finalidades para as quais concebidos qualquer

¹¹⁰⁵ Artigo recebido em 18/09/2024 e aprovado em 09/10/2024.

compreensão que lhes subtraia o direito de interpor recursos contra decisões que lhes indeferem as intervenções. E o mesmo se pode extrair do artigo 138 do Código de Processo Civil que, por sua vez, restringe o recurso apenas quando diante da decisão que admite a intervenção postulada.

PALAVRAS-CHAVE: *Amicus curiae*; intervenção; inadmissibilidade; recurso; cabimento.

ABSTRACT: The State must improve itself to deal with the heterogeneity coming from a society that is increasingly complex and plural. And, with regard to the process, the same must occur, especially in light of the 1988 Constitution, from when the Democratic State of Law begins to maintain intense and fertile interlocution with constitutionalism, with democracy and, undeniably, establishes justice access as one of its pillars. In this sense, the study of the *amicus curiae* reaches relevance, a figure of controversial origin, but which gained unique importance in North American law when its intervention is admitted to equip the judge in the task of build fairer decisions by reducing informational deficits and defending institutional interests. It is, therefore, an element an element that opens up the debates, previously limited only to the parties, and brings to the judge points of view and elements and data, before unknown or ignored, about the controversial right conferring, as it is,

greater democratic legitimacy to the decision-making process and increasing the access of various social segments to the Judiciary, all in manifest prestige to the exercise of citizenship. The Article 138 of the Code of Civil Process innovated by providing the *amicus curiae* legal regime, already in its general part, which allows it to intervene, in principle, in the most varied procedures. And, admitting that, it is up to the judge to establish the contours of their action, being certain, furthermore, that the process dialecticity presupposes the constant dialogue between the judge, the parties and the intervening third parties. The institutional relevance of the *amicus curiae* proves to be incompatible with the purposes of any understanding conceived that takes away the right to appeal against decisions that deny its intervention. The same can be extract from article 138 of the Civil Procedure Code, which, in its turn, restricts the appeal only when faced with a decision that admits the requested intervention.

KEYWORDS: *Amicus Curiae*; Intervention; Inadmissibility; Appeal; Requirement.

INTRODUÇÃO

O anseio de um ordenamento jurídico é ser o reflexo mais fiel possível dos aspectos culturais de um povo em dado espaço de tempo e lugar¹¹⁰⁶. E não é diferente quando se pensa no processo que, antes de tudo, é um fato

¹¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamento do processo civil moderno**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pág. 2.

social¹¹⁰⁷. Nele se manifestam os pensamentos e as vontades dos sujeitos que ao seu redor se engajam, os seus costumes, hábitos e signos, todos envoltos em experiências e sentidos advindos dos seus meios de modos de viver¹¹⁰⁸.

O processo por integrar a cultura jurídica está imerso na cultura em geral e, assim, por ela é influenciado e sobre ela exerce sua parcela de influência¹¹⁰⁹. Dessa forma, cotejar as suas estruturas com as funções desempenhadas pelo Estado em determinado contexto histórico permite compreendê-lo melhor, inclusive diante do atual modelo constitucional albergado na Constituição Federal de 1988¹¹¹⁰. Isso porque o Estado, corpo social revelado por uma Constituição¹¹¹¹, é a mais elaborada e engenhosa sociedade política¹¹¹².

Particularmente quanto à maneira de atuar dos juízes, no escólio do professor Hermes Zaneti Júnior, vislumbra-se

(...) três momentos fundamentais na evolução do tema: o modelo liberal (juiz Pilatos ou juiz Júpiter, conforme a tônica esteja no cidadão ou na atuação da vontade estatal), o modelo social (juiz Júpiter, atuando a vontade estatal nos regimes socialistas de busca da verdade real, um bem comum determinado pela comunidade, ou ainda, o juiz Hércules, atuando em um desmedido ativismo subjetivista, considerando uma versão pessoalizada do bem comum) e o modelo participativo ou simétrico, voltado para o processo cooperativo, no qual o juiz exerce o poder-dever ao lado das partes e em colaboração (juiz Hermes)¹¹¹³.

De fato, as metamorfoses pelas quais passou – e passa – a figura do Estado quando se lhe é contraposta a liberdade dos indivíduos também podem ser analisadas com as lentes do Direito¹¹¹⁴. Os vieses ideológicos a partir

¹¹⁰⁷ RAAZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo Código de Processo Civil *In Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, vol. 18, nº. 31, págs. 23-36, ago. 2011.

¹¹⁰⁸ LACERDA, Galeno. Processo e cultura *In Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, vol. 2, nº 3, págs. 74-86, jan./jun. 1961.

¹¹⁰⁹ RAAZ, Igor. *op. cit.* 2011.

¹¹¹⁰ SCALABRIN, Felipe; RAATZ, Igor. O processo civil no Estado Democrático de Direito na superação do modelo de processo do Estado Liberal: da garantia do devido processo legal ao direito fundamental ao processo justo e democrático *In Direitos Fundamentais e Justiça: DFJ*, Belo Horizonte, v. 5, n. 14, p. 269-296, jan./mar. 2011.

¹¹¹¹ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pág. 18.

¹¹¹² SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. A evolução do Estado *In Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo: RIASP*, vol. 9, n.º 17, págs. 159-184, jan./jun. 2006.

¹¹¹³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2015, pág. 213.

¹¹¹⁴ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado Liberal ao Estado Social e a atualidade de sua decisão *In Revista de*

dos quais se considera a simbiose existente entre o ente político, a sociedade e o indivíduo inegavelmente influenciam o exame sobre a função que cada uma dessas figuras desempenha no bojo da relação processual¹¹¹⁵.

É, pois, fundamental compreender, não só o papel do Estado-juiz¹¹¹⁶, mas, no que interessa ao presente estudo, o de terceiros que podem municiar-lhe com argumentos e informações emanadas de setores sociais imediatamente não abraçados pela relação processual. E a temática ganha maior importância na medida em que se constata que, no plano interno, o Estado Democrático de Direito, expressamente concebido na Carta de

1988¹¹¹⁷, dialoga com o constitucionalismo e a democracia¹¹¹⁸ e garante, para além de qualquer dúvida, o direito ao acesso à justiça como um valor estruturante¹¹¹⁹.

É nesse sentido que se encontra inserido o estudo do *amicus curiae*.

Se, de um lado, a sociedade moderna é plural¹¹²⁰ e fluida¹¹²¹, por outro, o Estado tem que se aparelhar para conviver com o pluralismo próprio de um ambiente que se funda na diversidade. E o transporte dessa variedade de concepções de mundo para o processo conta com o valioso auxílio do *amicus curiae*¹¹²², atualmente previsto no artigo 138 do Código de Processo Civil¹¹²³, notadamente quando

Processo: RePro, São Paulo, vol. 39, nº. 229, págs. 89-120, mar. 2014.

¹¹¹⁵ MICHELE, Taruffo. *Ideologie e teorie della giustizia civile* In **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, vol. 40, nº. 247, págs. 49-60, set. 2015.

¹¹¹⁶ HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. O acesso à justiça para além do instituto In **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, vol. 13, nº. 56, págs. 334-357, jul./ago. 2005.

¹¹¹⁷ Artigo 1º da Constituição Federal. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.

¹¹¹⁸ SANTOS, Joyce Araújo dos. **Intervenção do *amicus curiae* na jurisdição democrática: da legitimidade das decisões judiciais no sistema de direito comunicativo e o modelo estrutural de contraditório participativo** (tese de doutorado). Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, 2020, pág. 19. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/40575>. Acesso em: 18 de mai. 2024.

¹¹¹⁹ Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹¹²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 38.

¹¹²¹ “Se a modernidade sólida punha a duração eterna como principal motivo da ação, a modernidade ‘fluida’ não tem função para a duração eterna. O ‘curto prazo’ substituiu o ‘longo prazo’ e fez da instantaneidade seu ideal último. Ao mesmo tempo em que promove o tempo ao posto de contêiner da capacidade infinita, a modernidade fluida dissolve – obscurece e desvaloriza – sua duração” (Bauman, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, pág. 145).

¹¹²² *Ibid*, pág. 38.

¹¹²³ Artigo 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade

se reconhece que acessar o sistema de justiça é uma garantia fundamental¹¹²⁴ que diz muito mais do que oportunizar postulações endereçadas ao Poder Judiciário¹¹²⁵. Ao contrário, é preciso prover o processo com estruturas que lhe tragam possibilidades de apresentar resultados céleres e adequados e a admissão dos amigos da Corte “*é um dos modos, talvez o principal, de se tentar fazer com que a ampliação do papel e do espaço da Jurisdição se dê ‘para o bem’*”¹¹²⁶.

Feitas as referidas considerações, o presente estudo se propõe a responder à seguinte pergunta: a decisão do juiz ou do relator que inadmita a intervenção do *amicus curiae* é irrecorrível?

Partindo-se do método dedutivo e da premissa maior de que a intervenção dos *amici curiae* é uma ferramenta capaz de aproximar a

sociedade do processo decisório, em manifesta realização do princípio democrático^{1127 - 1128} e, em última instância, da própria cidadania, almeja-se chegar, por intermédio de uma revisão bibliográfica e com algum recurso a entendimentos pretorianos, à premissa menor no sentido de que subtrair-lhes o recurso contra a decisão que não os admite no debate é medida que não se coaduna com a garantia de acesso à justiça e, bem por isso, com a Constituição Federal.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O *AMICUS CURIAE*

Conquanto exista certa controvérsia acerca da origem do instituto do *amicus curiae*, que, para alguns, estaria fincada no direito romano¹¹²⁹, ao passo que para outros teria ligação mais íntima com sistemas

adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

¹¹²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, pág. 12.

¹¹²⁵ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011, pág. 26.

¹¹²⁶ TALAMINI, Eduardo. O *amicus curiae* e as novas caras da Justiça In **A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 20, nº. 79, págs. 133-185, jan./mar. 2020.

¹¹²⁷ HILL, Flávia Pereira. Muito prazer, *amicus curiae*: desvendando o enigma desse terceiro interveniente In **Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro**, Belo Horizonte, vol. 28, nº. 111, págs. 109-124, jul./set. 2020.

¹¹²⁸ ALENCAR, Alexandre Auto de. ***Amicus curiae: possibilidades e limites como mecanismo de democratização do controle de constitucionalidade das leis*** (dissertação de mestrado). Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, pág. 15. Disponível em:

<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4675>. Acesso em 31 de mai. 2024.

¹¹²⁹ LOWMAN, Michael K. *The litigating curiae: when dos the party Begin after the friends leave?* In **The American University Law Review**, Washington D.C., Vol. 41:1243, págs. 1243-1299. Disponível em: https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/aulr/article/1838/&path_info=lowman.pdf. Acesso em: 23 de mai. 2024.

de tradição de *common law* porque neles o modelo do *stare decisis*¹¹³⁰, simplificação redacional da expressão maior “*stare decisis et non quieta movere*”¹¹³¹, orienta a prática de se reconhecer nas decisões pretorianas um norte normativo a iluminar outros casos¹¹³², foi no sistema jurídico norte-americano que o instituto experimentou as suas mais sensíveis modificações¹¹³³.

O *amicus curiae* no direito anglo-saxão intervinha no processo, mesmo dele não sendo parte, para subsidiar a Corte em questões pontuais que não estivessem completamente ao domínio dos seus membros¹¹³⁴. Apresentava-se, pois, como um elemento imparcial que, mediante provocação ou iniciativa própria, intervinha nos julgamentos no interesse exclusivo da justiça com o intuito, não propriamente de apresentar aos juízes aspectos adequados de convicção para amparar a vitória de uma

das partes, mas de velar pelo prestígio das Cortes impedindo-as de tomar decisões equivocadas¹¹³⁵.

Porém, em um movimento pendular, deixou a posição de neutralidade para, considerada modelagem adversarial do processo no ordenamento jurídico americano, intervir no interesse de partes vulneráveis reduzindo déficits informacionais e na defesa de interesses institucionais mediante a oferta de dados que auxiliam o julgador na construção de uma decisão mais justa¹¹³⁶.

Ao lado do *adversarial system* e do *stare decisis*, o federalismo norte-americano permitiu que demandas envolvendo o poder central e os Estados descentralizados fossem submetidas à apreciação das Cortes e, nestes casos, inevitavelmente a solução acabava por atingir posições jurídicas de terceiros

¹¹³⁰ CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo: uma proposta democrática. In **Revista de Processo: RePro**, vol. 36, nº. 192, págs. 13-46, fev. 2011.

¹¹³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes, enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2022, pág. 15.

¹¹³² ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 5ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, pág. 336.

¹¹³³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 111; NUNES, Jorge Amaury Maia. A Participação do *Amicus Curiae* no Procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. In **Revista Direito Público**: Brasília, vol. 5, nº 20, 2010, págs. 47-64. Disponível

em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1422>. Acesso em: 23 maio. 2024;

¹¹³⁴ GUEDES, Cintia Regina. A evolução da figura do *amicus curiae*, seu potencial de participação nas demandas repetitivas e a necessidade de observância da paridade de armas. In **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 44, n. 294, p. 297-332, ago. 2019.

¹¹³⁵ SILVESTRI, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. In **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**: Milão, 1997, págs. 679-698. Disponível em: https://www.academia.edu/845763/L_amicus_curiae_uno_strumento_per_La_tutela_degli_interessi_non_rappresentati. Acesso em 23 de mai. 2024.

¹¹³⁶ SANTIAGO Y CALDO, Diego. *Amicus curiae* no Direito norte-americano e no brasileiro. In **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 43, n. 284, p. 463-491, out. 2018.

não representados na demanda¹¹³⁷. A existência de dois âmbitos de soberania, o federal e os estaduais, potencializou a quantidade de interesses de terceiros deixados à margem de representação nos julgamentos envolvendo essas duas partes¹¹³⁸.

Foi assim que, de acordo com Cintia Guedes, as Cortes americanas caminharam para admitir a atuação de instituições, órgãos e pessoas mediatemente alcançadas pela decisão quando a não participação causasse injustiça grave¹¹³⁹. Ao que se vê, o *amicus curiae* em solo americano é um terceiro que pode ter um interesse – mesmo que meramente privado¹¹⁴⁰ – na solução da controvérsia¹¹⁴¹.

No plano normativo interno, salvante a referência no art. 23, § 1º, da Resolução nº 390/2004¹¹⁴², do Conselho da Justiça Federal, que dispunha sobre Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, até o advento do Código de Processo Civil de 2015, não havia lei que mencionasse expressamente a figura do “*amicus*

curiae”¹¹⁴³. Contudo, já existiam de forma esparsa registros legislativos que,

¹¹³⁷ GUEDES, Cintia Regina. *op. cit.* 2019.

¹¹³⁸ LOWMAN, Michael K. *The litigating curiae: when does the party Begin after the friends leave? In The American University Law Review*, Washington D.C., Vol. 41:1243, págs. 1243-1299. Disponível em: https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/aulr/article/1838/&path_info=lowman.pdf. Acesso em: 23 de mai. 2024.

¹¹³⁹ GUEDES, Cintia Regina. *op. cit.* 2019.

¹¹⁴⁰ ALVES, Tatiana Machado. Primeiras questões sobre o *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil *In Revista de Processo: RePro*, São Paulo, vol. 41, nº. 256, págs. 89-118, jun. 2016.

¹¹⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático***. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 121.

¹¹⁴² Artigo 23 da Resolução nº Resolução nº 390/2004, do Conselho da Justiça Federal. *As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente. § 1º O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não governamentais, etc., na função de “amicus curiae”, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral.*

¹¹⁴³ GUEDES, Cintia Regina. *op. cit.* 2019.

e algum modo, tratavam do terceiro coadjuvante¹¹⁴⁴⁻¹¹⁴⁵⁻¹¹⁴⁶.

Sucedendo que o artigo 138 da lei processual civil em vigor trouxe claramente o que Willian Pugliese denomina como sendo o estatuto jurídico do *amicus curiae*, porquanto esboça as suas limitações e

possibilidades¹¹⁴⁷ e concretiza, para além de qualquer dúvida, a abertura democrática na processualística civil¹¹⁴⁸.

O fato, por si, já demonstra a atenção que o legislador dispensou ao instituto¹¹⁴⁹ alocando-o na parte geral do Código, o que faz com que possa se

¹¹⁴⁴ “Há dispositivos diferentes, tratando o instituto de diversas formas (...). É possível distinguir três espécies de intervenções: (a) a participação do *amicus curiae* por provocação do juízo, conforme dispositivos das Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999; (b) as hipóteses em que o *amicus* atua em decorrência de seu poder de polícia, como ocorrem nas intervenções da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); (c) as hipóteses nas quais a legislação permite a intervenção voluntária do amigo da corte, em decorrência de um direito próprio à manifestação, como aquelas voltadas ao controle de constitucionalidade, a uniformização da jurisprudência ou sobre questão de repercussão geral” (CABRAL, Antônio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares: o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses* In **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, vol. 29, nº 117, págs. 9-41, set./out. 2004.

¹¹⁴⁵ “Também se enquadravam na moldura do *amicus curiae* outras previsões, contidas em leis esparsas. Tomem-se como exemplos a Lei nº 4.726/1965, art. 32 (intervenção da Junta Comercial); a Lei nº 6.385/1976 (intervenção da Comissão de Valores Mobiliários – CVM); a Lei nº 9.868/1999, art. 7º, §2º (intervenção em ação direta de inconstitucionalidade); a Lei nº 9.882/1999, art. 6º, §1º (intervenção em arguição de descumprimento de preceito fundamental); a Lei nº 10.259/2001, art. 14, §7º (intervenção nos juizados especiais federais); a Lei nº 11.417/2006, art. 3º, §2º (intervenção no procedimento de súmula vinculante); a Lei nº 12.529/2011, art. 118 (intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, antes no art. 89 da Lei nº 8.884/1994); o art. 896-

C, §8º, da CLT, acrescido pela Lei nº 13.015/2014 (intervenção em recursos de Revista repetitivos)” (Talamini, Eduardo. *Amicus curiae and the new faces of Justice In A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, vol. 20, nº. 79, págs. 133-185, jan./mar. 2020.

¹¹⁴⁶ Em obra publicada no ano de 2012, antes, portanto, da vigência do atual Código de Processo Civil, Cassio Scarpinella Bueno asseverou: “Não há, no direito brasileiro, nenhuma referência legislativa expressa à figura do *amicus curiae*. Não pelo menos com o emprego desse nome. O único ato normativo que dele se ocupava com essa denominação era o art. 23, § 1º, do Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência (...). Ainda assim, são diversas as fontes que descrevem situações jurídicas que, para nós, ao menos, só fazem sentido se forem identificadas como casos de *amicus curiae*” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 144).

¹¹⁴⁷ PUGLIESE, Willian Soares. **Amicus curiae: procedimento, poderes e vinculação à decisão** In **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, vol. 45, nº. 305, págs. 83-97, jul. 2020.

¹¹⁴⁸ AMARAL, Felipe Marinho. **A formação dos precedentes judiciais vinculantes no incidente de recursos de Revista repetitivos** (tese de doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, 2023, pág. 109. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/41266>. Acesso em 26 de mai. 2024.

¹¹⁴⁹ HILL, Flávia Pereira. Muito prazer, *amicus curiae*: desvendando o enigma desse terceiro interveniente In **Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro**, Belo Horizonte, vol. 28, nº. 111, págs. 109-124, jul./set. 2020.

apresentar em qualquer tipo de procedimento ¹¹⁵⁰, desde que se constate a relevância da causa, a especificidade da matéria ou a repercussão social da controvérsia ¹¹⁵¹. Outrossim, a participação do *amicus curiae* encontra-se adjetivada como uma forma de intervenção de terceiros, ao lado da assistência, da denunciação à lide e do chamamento ao processo ¹¹⁵².

A rigor, os *amici curiae* não são partes porque não postulam em juízo, ou seja, não pedem a tutela jurisdicional ¹¹⁵³. Aliás, por exclusão, quem não se enquadra na qualidade de parte ou de julgador, é automaticamente um terceiro ¹¹⁵⁴, mas cujo interesse na intervenção, no caso do amigo da Corte, não guarda idêntica semelhança com o interesse jurídico que justifica as demais formas de intervenção de terceiro ¹¹⁵⁵.

É o interesse jurídico que abre margem para a intervenção de terceiros, a tanto não bastando, na linha do Código de Processo Civil, o interesse econômico ou moral ¹¹⁵⁶. Resta saber qual é o interesse motivador da atuação do *amicus curiae*.

Cassio Scarpinella Bueno sugere se tratar de um interesse que é igualmente jurídico, porque

(...) é previsto, agasalhado, porque é tutelado, pela ordem jurídica considerada como um todo. E, se é assim, no plano do 'direito material', não há razão para que não o seja também no plano do direito processual. É interesse jurídico, portanto ¹¹⁵⁷.

Mas esse interesse, prossegue Bueno, é público e, ultrapassando o interesse individualizado das partes, se

¹¹⁵⁰ “Esse dispositivo cria uma autorização genérica da intervenção do *amicus curiae*, que é aplicável às ações coletivas residualmente” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pág. 255).

¹¹⁵¹ DIDIER JR., Fredie. **Intervenção de *amicus curiae* em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório** In **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº. 77, págs. 129-137, jul./set. 2020.

¹¹⁵² GUEDES, Cintia Regina. A evolução da figura do *amicus curiae*, seu potencial de participação nas demandas repetitivas e a necessidade de observância da paridade de armas In **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 44, n. 294, p. 297-332, ago. 2019.

¹¹⁵³ OLIVEIRA, Danilo Vital de. **Sobre o *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: limites e possibilidades** (dissertação de mestrado). Universidade Federal de Alagoas – UFAL, 2012, pág. Disponível em:

<http://www.repositorio.ufal.br/jspui/handle/riufal/4375>. Acesso em: 26 mai. 2024.

¹¹⁵⁴ CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares: o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses* In **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, vol. 29, nº 117, págs. 9-41, set./out. 2004).

¹¹⁵⁵ TALAMINI, Eduardo. O *amicus curiae* e as novas caras da Justiça In **A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 20, nº. 79, págs. 133-185, jan./mar. 2020.

¹¹⁵⁶ CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo: uma proposta democrática In **Revista de Processo: RePro**, vol. 36, nº. 192, págs. 13-46, fev. 2011.

¹¹⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 459.

torna um interesse institucional ¹¹⁵⁸ socialmente proeminente e voltado ao justo equacionamento da causa e à maior legitimação social da decisão ¹¹⁵⁹. É um interesse que, jungido ao exercício da cidadania, se orienta no sentido de salvaguardar a ordem jurídica ¹¹⁶⁰ e realçar a participação popular no processo ¹¹⁶¹.

Pessoas naturais ¹¹⁶², jurídicas, entidades ou órgãos especializados podem, de ofício ou por provocação da

autoridade judicial, intervir na qualidade de *amicus curiae* ¹¹⁶³, de sorte que inexistente um requisito quanto à condição intrínseca do pretense interveniente ¹¹⁶⁴. Todavia, exige-se que seja possuidor de representatividade adequada, que nada mais é do que a sua aptidão para indicar elementos oportunos para a solução da controvérsia ¹¹⁶⁵ não se confundindo, pois, com qualquer tipo de análise que se venha a fazer quanto à legitimação extraordinária como a nomenclatura

¹¹⁵⁸ *Ibid*, pág. 460-461.

¹¹⁵⁹ CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *op. cit.* 2011.

¹¹⁶⁰ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO SEGURANÇA. EXPOSIÇÃO DE TRABALHADORES AO AMIANTO. DECRETO Nº 2.350/97. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE PORTARIA MINISTERIAL. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. LITISCONSORTE NECESSÁRIO. ASSISTENTE. AMICUS CURIAE. OMISSÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. ART 535 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. 1. (...). 3. A figura do *amicus curiae*, tão conhecida no direito norte-americano, chegou ao ordenamento positivo brasileiro por meio da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, inaugurando importante inovação em nosso Direito. 4. O *amicus curiae* poderá atuar na esfera infraconstitucional, objetivando a uniformização de interpretação de lei federal. 5. O escopo da edição da norma legal viabilizadora da intervenção do "*amicus curiae*" é o de permitir ao julgador maiores elementos para a solução do conflito, que envolve, de regra, a defesa de matéria considerada de relevante interesse social. 6. Intervenção especial de terceiros no processo, para além das clássicas conhecidas, a presença do *amicus curiae* no feito não diz tanto respeito às causas ou aos interesses eventuais de partes em jogo em determinada lide, mas, sim, ao próprio exercício da cidadania e à preservação dos princípios e, muito

particularmente, à ordem constitucional. 7. "[...] Entidades que participam na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos." (STF, ADI-ED 2591 / DF, Rel. Ministro EROS GRAU, DJ 13-04-2007 PP-00083) 8. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no MS n. 12.459/DF, relator Ministro Carlos Fernando Mathias (juiz Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Seção, julgado em 27/2/2008, DJe de 24/3/2008.)

¹¹⁶¹ BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade* In **Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI**, vol. 13, nº. 53, págs. 20-28, out./dez. 2005.

¹¹⁶² O Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 82.424/RS, no qual discutiu a prática do crime de racismo em decorrência de publicação literária com ideias antissemitas, admitiu a intervenção, na qualidade de *amici curiae*, de pessoas físicas, ilustres professores com vastos conhecimentos sobre a temática.

¹¹⁶³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, vol. 1. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, pág. 523.

¹¹⁶⁴ TALAMINI, Eduardo. O *amicus curiae* e as novas caras da Justiça In **A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 20, nº. 79, págs. 133-185, jan./mar. 2020.

¹¹⁶⁵ *Ibid*.

pode sugerir em um primeiro passar de olhos¹¹⁶⁶⁻¹¹⁶⁷.

Na realidade, estará preenchido o requisito da representatividade quando o interveniente lograr comprovar um interesse institucional no objeto da causa e, a partir daí, dispuser de condições para colaborar com os debates mediante a apresentação de elementos úteis ao melhor equacionamento da controvérsia¹¹⁶⁸. Por outras palavras, quem pretender intervir na condição de *amicus curiae* carece ter interesse institucional condizente com objeto da lide e, ainda, ter como contribuir para o debate¹¹⁶⁹.

Ademais, o artigo 138 do CPC condiciona o ingresso do *amicus* à verificação da relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia. Embora não seja incomum que esses três elementos apareçam juntos, a legitimação da sua

atuação se satisfaz com a indicação de ao menos um deles¹¹⁷⁰⁻¹¹⁷¹.

A relevância da matéria e a repercussão social da controvérsia são duas abordagens que podem recair sobre o mesmo fenômeno, qual seja, o “interesse transcendental da demanda”¹¹⁷².

Sob o aspecto quantitativo, a transcendência da demanda (relevância da matéria) sugere que solução que se lhe der também recairá sobre outras pessoas, como ocorre, por exemplo, no julgamento de ações objetivas de controle de constitucionalidade ou de recursos repetitivos. De outro lado, segundo um critério qualitativo (repercussão social), o impacto extraprocessual da causa não se liga ao efeito multiplicador da sua conclusão ou aos seus efeitos sobre a esfera jurídica de terceiros, mas às reverberações difusas da causa por conta da relevância da questão para a ordem jurídica¹¹⁷³.

¹¹⁶⁶ CABRAL, Antônio. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares: o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses* In **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, vol. 29, nº 117, págs. 9-41, set./out, 2004.

¹¹⁶⁷ ALVES, Tatiana Machado. Primeiras questões sobre o *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil In **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, vol. 41, nº. 256, págs. 89-118, jun. 2016.

¹¹⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 161.

¹¹⁶⁹ MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. **A intervenção do "amicus curiae" e a modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade** In

Revista de Processo: RePro, São Paulo, vol. 44, nº. 294, págs. 359-386, ago. 2019.

¹¹⁷⁰ PUGLIESE, Willian Soares. **Amicus curiae: procedimento, poderes e vinculação à decisão** In **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, vol. 45, nº. 305, págs. 83-97, jul. 2020.

¹¹⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* In **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP: São Paulo**, Tomo Processo Civil, Edição 1, jun. 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/163/edicao-1/amicus-curiae>. Acesso em: 27 de mai. 2024.

¹¹⁷² ALVES, Tatiana Machado. Primeiras questões sobre o *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil In **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, vol. 41, nº. 256, págs. 89-118, jun. 2016.

¹¹⁷³ TALAMINI, Eduardo. O *amicus curiae* e as novas caras da Justiça In **A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo

Já a intervenção fundada na especificidade da matéria guarda estrita relação com a complexidade técnica do litígio ¹¹⁷⁴ e, bem por isso, com a instrução do processo ¹¹⁷⁵. Destarte, no particular, não se toma em conta a fundamentalidade dos valores disputados, tampouco os efeitos da decisão judicial sobre terceiros, mas apenas o refinamento técnico que o amigo da Corte detém sobre tema de interesse do conflito ¹¹⁷⁶.

2.A ADMISSIBILIDADE PARA INTERVIR

Uma vez admitido, o artigo 138, § 2º, do Código de Processo Civil dispõe que competirá ao julgador definir-lhe os seus poderes. A fluidez da norma, segundo se entende, há de ser festejada exatamente por permitir ao Poder Judiciário ajustar a intervenção às

circunstâncias concretas de cada caso para dela extrair o máximo proveito ¹¹⁷⁷⁻¹¹⁷⁸.

Nada obstante a abertura normativa e sem qualquer pretensão de esgotar o tema, não há dúvidas de que o *amicus* exerce o poder irrenunciável de influir na decisão do julgador que não pode deixar de enfrentar os seus argumentos do mesmo modo que, à evidência, não deve ignorar as manifestações das partes ¹¹⁷⁹. O diálogo entre o juiz, as partes e os terceiros intervenientes decorre da natureza dialética do processo, e no produto desse profilático embate de ideias é de se esperar que se encontrem respondidas todas as considerações por eles levantadas ¹¹⁸⁰. A corroborar tal assertiva, o Enunciado nº 394 do Fórum Permanente de Processualistas Civis assim prevê:

Horizonte, vol. 20, nº. 79, págs. 133-185, jan./mar. 2020.

¹¹⁷⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil (e-book)**. 3ª ed. São Paulo: **Revistas dos Tribunais**, 2026, PARTE GERAL, LIVRO III - DOS SUJEITOS DO PROCESSO TÍTULO III - DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101497668/v3/document/116321233/anchor/a-116321233>. Acesso em: 28 de mai. 2024.

¹¹⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 403.

¹¹⁷⁶ MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. **Amicus curiae: melhor aproveitamento a partir das funções instrutória e representativa** (tese de doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2019,

pág. 55. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10923/16570>. Acesso em: 28 de mai. 2024.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

¹¹⁷⁸ MUNHOZ, Manoela Virmond. **A participação do amicus curiae (e-book)**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, 3. O regime jurídico do *amicus curiae* no CPC/15. 3.4. Os poderes do *amicus curiae*, pág. RB-4.4. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/339955467/v1/page/RB-4.4>. Acesso em: 29 de mai. 2024.

¹¹⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processo civil**, vol. 1. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, pág. 526.

¹¹⁸⁰ TALAMINI, Eduardo. O *amicus curiae* e as novas caras da Justiça In **A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 20, nº. 79, págs. 133-185, jan./mar. 2020.

As partes podem opor embargos de declaração para corrigir vício da decisão relativo aos argumentos trazidos pelo amicus curiae.

Como corolário lógico da persuasão que exerce tem-se que é possível que sejam apresentados arrazoados escritos, memoriais ¹¹⁸¹, informações e documentos sobre os temas relacionados ao objeto da causa ¹¹⁸². Não só de manifestações escritas se ocupam os *amici curiae*. A despeito de existir posicionamento em sentido contrário ¹¹⁸³, sustentações orais também são bem-vindas nas sessões de

julgamento ¹¹⁸⁴ porque a visão reducionista, que restringe a amplitude dos poderes do amigo da Corte, impede o exercício da democracia participativa quando a própria Constituição a adota como um norte a ser perseguido ¹¹⁸⁵.

Nada impede, ainda, que se permita ao interveniente produzir provas pertinentes com alegações que faz em juízo ¹¹⁸⁶. A adoção de entendimento contrário enfraquece sobremaneira o

¹¹⁸¹ Note-se que a apresentação de memórias já foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal mesmo quando o pedido de ingresso é feito intempestivamente, é dizer, após o Relator liberar o processo para pauta. Nesse sentido: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REQUERIMENTO DE INGRESSO COMO AMICUS CURIAE EM DATA POSTERIOR À INCLUSÃO DO PROCESSO NA PAUTA DE JULGAMENTO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(ADI 2435 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26-11-2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-248 DIVULG 09-12-2015 PUBLIC 10-12-2015).

¹¹⁸² BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *In* **A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 5, nº. 19, jan. 2005.

¹¹⁸³ REsp n. 1.205.946/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 19/10/2011, DJE de 2/2/2012.

¹¹⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares: o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. *In* **Revista de**

Processo: RePro, São Paulo, vol. 29, nº. 117, págs. 9-41, set./out. 2004.

¹¹⁸⁵ Nesse sentido, confira-se o excerto do substancioso voto proferido pelo Ilustre Ministro Celso de Melo na Questão de Ordem suscitada nos autos da ADI 2777-SP, Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski: “*Presente esse contexto, e consideradas as razões expostas, entendo que a atuação processual do ‘amicus curiae’ não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Essa visão do problema – que restringisse a extensão dos poderes processuais do ‘colaborador do Tribunal’ – culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (nem deve) ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do ‘amicus curiae’ no processo de fiscalização concentrada de inconstitucionalidade*”.

¹¹⁸⁶ MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. **Amicus curiae: melhor aproveitamento a partir das funções instrutória e representativa** (tese de doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2019, pág. 84. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10923/16570>. Acesso em: 28 de mai. 2024.

poder de influir na formação da convicção do julgador¹¹⁸⁷⁻¹¹⁸⁸.

No que tange aos recursos, o artigo 138, § 1º, do Código de Processo Civil contempla a regra geral no sentido de que não podem ser interpostos, salvo os aclaratórios ou quando manejados contra a decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas. Porém, pode ser que decisões judiciais afetem mais intimamente a esfera de interesses do *amicus curiae*¹¹⁸⁹.

Dentre essas decisões surge controvertida a recorribilidade daquela que admite ou inadmite a sua participação na condição de terceiro.

Jorge Amaury Maia Nunes¹¹⁹⁰ objetou a abertura da via recursal argumentando, para tanto, que os *amicus curiae* não são terceiros na acepção do antigo artigo 499 do Código de Processo Civil revogado¹¹⁹¹, atual artigo 996 do Código em vigor¹¹⁹², e, portanto, não podem se insurgir contra

as decisões que inadmitem as suas intervenções.

De efeito, o Supremo Tribunal Federal, que se orientava no sentido de ser admissível o recurso contra a decisão de inadmissão do ingresso¹¹⁹³, alterou a sua orientação inicial para assentar, nos autos do RE 602584 AgR/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, 17.10.2018, a inviabilidade do manejo do recurso em casos que tais.

À época da viragem jurisprudencial, a Corte se ancorou em três fundamentos.

Primeiro, partiu-se da premissa de que “o ingresso na condição de *amicus curiae* não constitui um direito, senão um verdadeiro privilégio daquele que o pleiteia” que se encerra quando a sugestão de ingresso é feita¹¹⁹⁴. Segundo, o dever dirigido a todo magistrado de conduzir o processo com celeridade e eficiência, em estrita referência à boa administração da

¹¹⁸⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 509.

¹¹⁸⁸ PUGLIESE, Willian Soares. **Amicus curiae: procedimento, poderes e vinculação à decisão** In *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, vol. 45, nº. 305, págs. 83-97, jul. 2020.

¹¹⁸⁹ MUNHOZ, Manoela Virmond. **A participação do amicus curiae** (e-book). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, 3. O regime jurídico do *amicus curiae* no CPC/15. 3.4. Os poderes do *amicus curiae*, pág. RB-4.4. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/339955467/v1/page/RB-4.4>. Acesso em: 29 de mai. 2024.

¹¹⁹⁰ NUNES, Jorge Amaury Maia. A Participação do *Amicus Curiae* no Procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental –

ADPF In *Revista Direito Público*: Brasília, vol. 5, nº 20, 2010, págs. 47-64. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1422>. Acesso em: 23 maio. 2024

¹¹⁹¹ Artigo 499 do Código de Processo Civil de 1973. *O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público*.

¹¹⁹² Artigo 996 do Código de Processo Civil de 2015. *O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica*.

¹¹⁹³ AgRg no RE 817.338/DF, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 1º/08/2018, DJe de 24/08/2018.

¹¹⁹⁴ RE 602584 AgR/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, 17.10.2018

justiça, é oponível à pretensão de ingresso ¹¹⁹⁵. Terceiro, em processos subjetivos, ao contrário do que se dá nos processos objetivos, resguarda-se com maior veemência o contraditório e a ampla defesa e admite-se, em geral, a intervenção de terceiros, o que arrefece a necessidade do envolvimento do amigo da Corte ¹¹⁹⁶.

De todo modo, porém, há igualmente julgados da Corte inadmitindo o recurso mesmo no âmbito de ação de controle concentrado de constitucionalidade (processo objetivo) ¹¹⁹⁷. A mesma diretriz pretoriana

¹¹⁹⁵ RE 602584 AgR/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, 17.10.2018

¹¹⁹⁶ RE 602584 AgR/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, 17.10.2018.

¹¹⁹⁷ *CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AMICUS CURIAE. PEDIDO DE HABILITAÇÃO NÃO APRECIADO ANTES DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE NULIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NATUREZA INSTRUTÓRIA DA PARTICIPAÇÃO DE AMICUS CURIAE, CUJA EVENTUAL DISPENSA NÃO ACARRETA PREJUÍZO AO POSTULANTE, NEM LHE DÁ DIREITO A RECURSO. 1. O amicus curiae é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de amicus curiae no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado. 2. A participação do amicus curiae em ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal possui, nos termos da disciplina legal e*

regimental hoje vigentes, natureza predominantemente instrutória, a ser deferida segundo juízo do Relator. A decisão que recusa pedido de habilitação de amicus curiae não compromete qualquer direito subjetivo, nem acarreta qualquer espécie de prejuízo ou de sucumbência ao requerente, circunstância por si só suficiente para justificar a jurisprudência do Tribunal, que nega legitimidade recursal ao preterido. 3. Embargos de declaração não conhecidos (ADI 3460 ED, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 12-02-2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 11-03-2015 PUBLIC 12-03-2015). Ementa: Direito constitucional e processual civil. Agravo interno em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inadmissão de amicus curiae. Decisão irrecorrível do Relator. Precedente da Corte. Agravo não conhecido. 1. É irrecorrível a decisão do Relator que indefere o pedido de ingresso na condição de amicus curiae. Precedente: RE 602.584-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. P/ acórdão Min. Luiz Fux, j. em 17.10.2018. 2. Agravo interno não conhecido (art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) (ADI 4711 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 05-11-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 27-11-2019 PUBLIC 28-11-2019)

veio a ser adotada pelo Superior Tribunal de Justiça¹¹⁹⁸⁻¹¹⁹⁹⁻¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁸ **TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA PETIÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. DECISÃO QUE INDEFERE O INGRESSO NO FEITO COMO AMICUS CURIAE. NÃO IMPUGNÁVEL POR MEIO DE AGRAVO INTERNO. DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 2015. II - "A decisão unipessoal que verse sobre a admissibilidade do amicus curiae não é impugnável por agravo interno, seja porque o caput expressamente a coloca como uma decisão irrecorrível, seja porque o § 1º expressamente diz que a intervenção não autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração ou a interposição de recurso contra a decisão que julgar o IRDR" (Corte Especial Questão de Ordem no REsp 1.696.396/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 19/12/2018). III - Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso. IV - Agravo Interno não conhecido. (AgInt nos EDcl na PET no REsp n. 2.030.087/RJ, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 10/5/2023).**

¹¹⁹⁹ **PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PEDIDO DE INGRESSO DE AMICUS CURIAE INDEFERIDO. AGRAVO INTERNO INTERPOSTO CONTRA A DECISÃO INDEFERITÓRIA. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL E DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ E DO TRIBUNAL PLENO DO STF. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada na vigência do**

CPC/2015, que indeferira pedido de ingresso no feito como amicus curiae, formulado pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica - ABRADDE, ante o manifesto interesse subjetivo da Associação, ora agravante, no provimento do Recurso Especial, em favor da parte ré da demanda. II. Na doutrina, verifica-se que o cabimento do Agravo interno contra decisão que indefere o ingresso do amicus curiae no feito tem encontrado defensores em dois sentidos: ora em favor da irrecorribilidade, como sustenta ARAKEN DE ASSIS, para o qual "o art. 138, caput, generalizou a inadmissibilidade do recurso próprio contra o ato admitindo, ou não, a intervenção do amicus curiae, excepcionando, nesse caso, o art. 1.015, IX, do NCPC" (in *Processo civil brasileiro*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2016, vol. II, tomo I, p. 708), ora em defesa da recorribilidade, tal como leciona JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, firme no sentido de que "o juiz ou relator poderá, 'por decisão irrecorrível', 'solicitar ou admitir' a intervenção de amicus curiae. Vê-se, assim, que a lei processual não estabelece a irrecorribilidade da decisão que não admite a intervenção de amicus curiae, mas apenas daquela que o admite. A nosso ver, deve ser admitido recurso pelo amicus curiae, também contra decisão que não admita sua intervenção (à semelhança do que antes se decidia, na vigência do CPC/1973, como se noticiou acima)" (in *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5ª. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 253). III. De igual modo, nesta Corte, em um primeiro momento, a Primeira Seção do STJ, sem maiores embates, em 22/03/2017, no julgamento do AgRg na PET no REsp 1.336.026/PE (Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 28/03/2017), conheceu do Agravo interno, interposto contra decisão que inadmitira o ingresso no feito de amicus curiae, negando-lhe, contudo, provimento. IV. Na mesma linha, no julgamento do AgInt na Pet no REsp 1.657.156/RJ (Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 03/10/2017), após amplo debate, em 27/09/2017, a Primeira Seção também concluiu, por unanimidade, ser cabível a interposição de Agravo interno contra a decisão

que não admite a participação de terceiro como *amicus curiae*, considerando irrekorível apenas a decisão que solicita ou admite tal participação, nos termos da interpretação literal dada ao art. 138 do CPC/2015. V. Todavia, ainda que tal posição tenha sido vencedora, em um primeiro momento, existem precedentes - inclusive posteriores aos mencionados julgamentos da Primeira Seção -, ora no sentido do não cabimento do recurso contra decisão que indefere o pedido de ingresso de *amicus curiae*, ora no sentido de seu cabimento: STJ, AgInt na PET no AREsp 1.139.158/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 19/06/2018; AgInt na PET no REsp 1.637.910/RN, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/06/2018; AgInt na PET no REsp 1.700.197/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/06/2018. VI. A dissipar dúvidas sobre o tema, a Corte Especial do STJ, por unanimidade, em 1º/08/2018, no julgamento da Questão de Ordem no REsp 1.696.396/MT, afetado sob o rito dos recursos repetitivos, decidiu que "a leitura do art. 138 do CPC/15, não deixa dúvida de que a decisão unipessoal que verse sobre a admissibilidade do *amicus curiae* não é impugnável por agravo interno, seja porque o caput expressamente a coloca como uma decisão irrekorível, seja porque o §1º expressamente diz que a intervenção não autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração ou a interposição de recurso contra a decisão que julgar o IRDR" (STJ, Questão de Ordem no REsp 1.696.396/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, DJe de 19/12/2018). VII. No STF, até recentemente, prevalecia o entendimento no sentido de que, "consoante disposto nos arts. 138, caput, do CPC e 21, inciso XVIII, do Regimento Interno desta Corte, em hipótese de acolhimento do pedido de ingresso de *amicus curiae* na lide, tal decisão seria irrekorível, podendo, contudo, ser objeto de agravo a decisão que indefere tal pleito. Agravo regimental não provido" (STF, AgReg no RE 817.338/DF, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 1º/08/2018, DJe de 24/08/2018). VIII. Todavia, em 17/10/2018, em sessão plenária, no julgamento do RE

602.584/DF (Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Rel. p/ acórdão Ministro LUIZ FUX, pendente de publicação), o STF acabou por uniformizar, por maioria, o entendimento de que "não cabe a interposição de agravo regimental para reverter decisão de relator que tenha inadmitido no processo o ingresso de determinada pessoa ou entidade como *amicus curiae* (amigo da Corte)" (notícia publicada no sítio eletrônico do STF, em 17/10/2018). IX. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do AgInt no REsp 1.617.086/PR (Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, DJe de 10/12/2018), amparando-se no entendimento da Corte Especial deste Tribunal e do Plenário do STF, decidiu, à unanimidade, não conhecer do Agravo interno, interposto contra decisão que indeferira o ingresso, no feito, de *amicus curiae*. Em igual sentido: STJ, AgInt na PET no MS 24.195/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 03/04/2019; AgInt no MS 24.246/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 13/05/2019. X. Agravo interno não conhecido, diante da nova orientação da Corte Especial e da Primeira Seção do STJ e do Plenário da Suprema Corte sobre o assunto. (AgInt na PET no REsp n. 1.525.174/RS, relatora Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 11/12/2019, DJe de 19/12/2019.)

¹²⁰⁰PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA PET NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. INTERPOSIÇÃO DE DOIS AGRAVOS INTERNOS, PELA MESMA PARTE, CONTRA A MESMA DECISÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática que indeferira pedido de ingresso no feito como *amicus curiae*, formulado pela Associação Nacional dos Usuários do Transporte de Carga - ANUT, mormente ante seu manifesto interesse subjetivo no provimento do Recurso Especial, em favor da parte ré da demanda. II. É assente, na jurisprudência do STJ, o entendimento de que a interposição de dois ou mais recursos, pela mesma parte e contra a mesma decisão, impede o conhecimento daqueles que foram apresentados após o primeiro apelo, haja vista a preclusão consumativa e o princípio da

Gustavo Binenbojm¹²⁰¹, considerando a literalidade do artigo 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/98¹²⁰², cuja redação, no que interessa ao presente estudo, em muito se aproxima daquela contida no artigo 138 do Código de Processo, sustenta que a irrecorribilidade se limita às decisões de conteúdo positivo, ou seja, àquelas que admitem a intervenção porque há a presunção de que a admissão do terceiro é incapaz de causar prejuízo a quem quer que seja¹²⁰³. Já as de conteúdo negativo, não tidas claramente como irrecorribíveis, seriam passíveis de impugnação.

Essa parece ser a melhor exegese.

Não se pode ignorar que esse terceiro, no caso o *amicus curiae*,

representa a efetivação do acesso à justiça porque abre as suas portas para que subsídios vindos de variados flancos do tecido social sejam levados ao conhecimento e, sobretudo à consideração dos julgadores, o que se coaduna com o imperativo constitucional de se potencializar a plenitude do exercício da cidadania. Ademais, as decisões que rejeitam a intervenção dos *amicus curiae* têm o potencial de atingir o interesse público, de maior envergadura, portanto, consubstanciado na possibilidade de imprimir notas de legitimação ao processo decisório mediante as suas colaborações¹²⁰⁴.

Da mesma forma, não se pode tolher o ingresso de pretensos *amici*,

unirrecorribilidade. Precedentes do STJ: AgRg nos EAREsp 1.590.406/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, DJe de 01/02/2021; EDcl no MS 22.289/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIAS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 01/12/2020; AgInt no AREsp 1.613.078/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/10/2020; EDcl no AgRg no RE no AgRg nos EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 501.366/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/11/2018; AgInt no MS 24.022/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 20/08/2018. III. Isso porque, "no sistema recursal brasileiro, vigora o cânone da unicidade ou unirrecorribilidade recursal, segundo o qual, manejados dois recursos pela mesma parte contra uma única decisão, a preclusão consumativa impede o exame do que tenha sido protocolizado por último" (STJ, EDv no AgInt nos EAREsp 955.088/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, DJe de 13/09/2018). IV. Agravo interno de fls. 3.733/3.742e não conhecido. (AgInt na PET no REsp n. 1.908.497/RN, relatora Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 20/9/2023).

¹²⁰¹ BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. In **A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 5, nº. 19, jan. 2005.

¹²⁰² Artigo 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/98. Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

¹²⁰³ MUNHOZ, Manoela Virmond. **A participação do amicus curiae** (e-book). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, 3. O regime jurídico do *amicus curiae* no CPC/15. 3.4. Os poderes do *amicus curiae*, pág. RB-4.4. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/339955467/v1/page/RB-4.4>. Acesso em: 29 de mai. 2024.

¹²⁰⁴ PEIXOTO, Ravi. A ADI 3.396 e o *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade: a recorribilidade da decisão de inadmissibilidade e a atuação da

presentes os demais requisitos legais, com base apenas no argumento da eficiência que, quando muito, pode justificar a revisão do artigo 138 do CPC, mas não a interpretação restritiva que se lhe pretende conferir¹²⁰⁵. Cuida-se de uma visão que denota mais uma preocupação com a gestão de processos do que propriamente o escopo de aprimorar o instituto¹²⁰⁶. Para além, ao amigo da Corte, em razão de ser um vetor de manifestações de sentimentos sociais, deve ser garantida a possibilidade de ver a sua pretensão de ingresso analisada por um órgão colegiado¹²⁰⁷, ainda que mediante um juízo de discricionariedade¹²⁰⁸.

Não fosse o bastante a literalidade do artigo 138 da lei

processual, que expressamente assenta irrecorribilidade apenas da decisão positiva e, a despeito de não encontrar amparo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça¹²⁰⁹, o fato é que recorribilidade da decisão negativa deriva também do artigo 1.015, IX, do CPC¹²¹⁰, que prevê o cabimento do agravo de instrumento em face de decisão que inadmita a intervenção de terceiros, e do artigo 1.021 do mesmo diploma legal¹²¹¹, que admite o agravo interno contra decisão monocrática do Relator¹²¹².

Ora, se a função do instituto é cooperar para que as decisões sejam mais justas e adequadas, não há mesmo razões para subtrair-lhe o recurso contra decisões que impedem precisamente a utilização dos seus argumentos¹²¹³. E

pessoa natural como *amicus curiae* **In Revista de Direito do Consumidor**: RDC, São Paulo, v. 30, n. 137, p. 355-369, set./out. 2021.

¹²⁰⁵ *Ibid.*

¹²⁰⁶ GONÇALVES, Mauro Pedroso. *Amicus curiae* nos tribunais superiores: avanços e equívocos da jurisprudência brasileira **In Revista de Processo: RePro**, São Paulo, vol. 48, nº. 345, págs. 171-189, nov. 2023.

¹²⁰⁷ PEIXOTO, Ravi. *op. cit.* 2021.

¹²⁰⁸ GONÇALVES, Mauro Pedroso. *op.cit.* 2023.

¹²⁰⁹ “A leitura do art. 138 do CPC/15, não deixa dúvida de que a decisão unipessoal que verse sobre a admissibilidade do *amicus curiae* não é impugnável por agravo interno, seja porque o caput expressamente a coloca como uma decisão irrecorrível, seja porque o §1º expressamente diz que a intervenção não autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração ou a interposição de recurso contra a decisão que julgar o IRDR. Esse entendimento, aliás, encontra sólido respaldo em respeitada doutrina” (REsp n. 1.696.396/MT, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 5/12/2018, DJe de 19/12/2018.)

¹²¹⁰ Artigo 1.015 do Código de Processo Civil. *Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...); IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros.*

¹²¹¹ Artigo 1.021 do Código de Processo Civil. *Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.*

¹²¹² MUNHOZ, Manoela Virmond. **A participação do *amicus curiae*** (e-book). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, 3.4.1.1. Recorribilidade da decisão que admite ou inadmita a participação, pág. RB-4.4. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/339955467/v1/page/RB-4.4>. Acesso em: 29 de mai. 2024. Acesso em 29 de mai. 2024.

¹²¹³ ALMEIDA, Eloísa Machado de. ***Amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal**. 2016. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalho>

assim o é porque o *amicus curiae* “é legitimado a pleitear a sua intervenção. O efetivo indeferimento de sua intervenção faz nascer o interesse na interposição do recurso”¹²¹⁴.

CONCLUSÃO

O papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito não se coaduna com qualquer formulação que lhe coloque a salvo de ouvir posições diversas, que não apenas as das partes, sobre os temas que lhes sejam submetidos à apreciação. O juiz é um agente transformador de realidades e, como não lhe é dado ser o conhecedor único dos fatos e das leis, tem que se abrir, sempre que possível, às teses e às antíteses que povoam o ambiente social no qual se insere.

Essa abertura ganha um novo fôlego quando se voltam os olhos ao texto constitucional e nele se constata que o filtro democrático faz com que o acesso à justiça tenha como pressuposto a elaboração de decisões céleres, adequadas e justas, o que não se alcança com o mesmo grau de acurácia quando sistematicamente se ignora a pulverização dos debates. O sistema jurídico nacional, conquanto vinculado à tradição do *civil law*, também se inspira em institutos mais

específicos aos sistemas de *common law*, como sucede com relação ao *amicus curiae*.

Trata-se, em verdade, de um relevante mecanismo de oxigenação e democratização da jurisdição¹²¹⁵, sem contar que a torna mais segura e completa aproximando-a da “realização de um processo justo”¹²¹⁶. Todas essas predicções, na atual quadra legislativa, associam ainda mais os *amicicuriaes* ao Poder Judiciário, porquanto – e não é de hoje – já se trabalha com a ideação dos efeitos vinculantes advindos de determinados provimentos

oConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4774
197. Acesso em: 30 mai. 2024.

¹²¹⁴ RAZABONI, Olívia Ferreira. **Amicus Curiae: democratização da jurisdição constitucional** (dissertação de mestrado). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2009, pág. 124. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2>

134/tde-28062010-090023/pt-br.php. Acesso em: 30 de mai. 2024.

¹²¹⁵ *Ibid.*

¹²¹⁶ COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. O *amicus curiae* como instrumento de participação democrática e de realização dos direitos fundamentais. In **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília vol. 15 nº. 106 Jun./Set. 2013 págs. 339 a 372

jurisdicionais¹²¹⁷⁻¹²¹⁸⁻¹²¹⁹⁻¹²²⁰⁻¹²²¹, ou seja, com a possibilidade de que

¹²¹⁷Artigo 543-A do Código de Processo Civil de 1973. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais,

que poderão declarar-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

¹²¹⁸Artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de **habeas corpus**. § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I -

determinadas decisões irradiem suas diretrizes para além dos casos nos quais originariamente cunhadas.

E se assim o é, tomando em conta que a legitimação da função jurisdicional, considerando que a democracia denota o exercício de poder pela representação e também pela

participação, perpassa, necessariamente, pela ampliação do contraditório que deságua no passo seguinte no dever de fundamentação, não há como conceber a irrecorribilidade da decisão judicial que indefere em um primeiro momento a intervenção de um pretense *amicus*

terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

¹²¹⁹ Artigo 102, § 3º, da Constituição Federal. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

¹²²⁰ Artigo 103-A da Constituição Federal. 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.

¹²²¹ Artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (...). Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

curiae. Não só a literalidade do artigo 138 do Código de Processo, que rotula com o timbre da irrecorribilidade apenas a decisão que defere o ingresso do interveniente, mas especialmente a natureza pública que subjaz e autoriza o mero pedido de habilitação do pretense *amicus* é o que substancialmente ampara a conclusão no sentido da recorribilidade da decisão negativa.

Cuida-se, na linha do que já afirmou o Ilustre Ministro Celso de Melo, em diretriz, atualmente – e infelizmente – suplantada, de um recurso *secundum eventum litis*, porque admissível apenas no caso de recusa da intervenção¹²²². Negar aos *amicicuriaes* o direito ao recurso é o mesmo que tolhê-los o próprio direito de postular o ingresso na condição de uma relevante voz coletiva que nada mais faz do que insistir com a possibilidade de contribuir para o aperfeiçoamento do ordenamento e a pacificação social. E outra conclusão não é a que se extrai dos artigos 1.015, IX¹²²³, e 1.021, ambos da lei processual civil¹²²⁴.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado Liberal ao Estado Social e a atualidade de sua decisão *In Revista de Processo: RePro*, São Paulo, vol. 39, nº. 229, págs. 89-120, mar. 2014.
- ALENCAR, Alexandre Auto de. ***Amicus curiae: possibilidades e limites como mecanismo de democratização do controle de constitucionalidade das leis*** (dissertação de mestrado). Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, pág. 15. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4675>. Acesso em 31 de mai. 2024.
- ALMEIDA, Eloísa Machado de. ***Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal***. 2016. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/suc>

¹²²² **CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – DECISÃO QUE FUNDAMENTADAMENTE NÃO ADMITIU A INTERVENÇÃO, COMO “AMICUS CURIAE”, DE PESSOA FÍSICA – AUSÊNCIA DE REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA – IMPOSSIBILIDADE DE DEFENDER, EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, DIREITOS E INTERESSES DE CARÁTER INDIVIDUAL E CONCRETO – LEGITIMIDADE DAQUELE QUE NÃO É ADMITIDO COMO “AMICUS CURIAE” PARA RECORRER DESSA DECISÃO DO RELATOR – AGRAVO INTERNO CONHECIDO – RECURSO IMPROVIDO.**(ADI 3396 AgR, Relator(a): CELSO

DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06-08-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 13-10-2020 PUBLIC 14-10-2020).

¹²²³Artigo 1.015 do Código de Processo Civil. *Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...); IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros.*

¹²²⁴Artigo 1.021 do Código de Processo Civil. *Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.*

- upira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4774197. Acesso em: 30 mai. 2024.
- ALVES, Tatiana Machado. Primeiras questões sobre o *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil *In Revista de Processo: RePro*, São Paulo, vol. 41, nº. 256, págs. 89-118, jun. 2016.
- AMARAL, Felipe Marinho. **A formação dos precedentes judiciais vinculantes no incidente de recursos de Revista repetitivos** (tese de doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, 2023, pág. 109. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/41266>. Acesso em 26 de mai. 2024.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual *In A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, vol. 5, nº. 19, jan. 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual *In A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, vol. 5, nº. 19, jan. 2005.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae*: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade *In Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI*, vol. 13, nº. 53, págs. 20-28, out./dez. 2005.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae In Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*: São Paulo, Tomo Processo Civil, Edição 1, jun. 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/163/edicao-1/amicus-curiae>. Acesso em: 27 de mai. 2024.
- BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares: o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses* *In Revista de Processo: RePro*, São Paulo, vol. 29, nº. 117, págs. 9-41, set./out. 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes, enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2022.
- CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo: uma proposta democrática *In Revista de Processo: RePro*, vol. 36, nº. 192, págs. 13-46, fev. 2011.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: **Revista** dos Tribunais, 2016.
- COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. O *amicus curiae* como instrumento de participação democrática e de realização dos direitos fundamentais *In* **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília vol. 15 nº. 106 Jun./Set. 2013 págs. 339 a 372
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processo civil**, vol. 1. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. **Intervenção de amicus curiae em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório** *In* **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº. 77, págs. 129-137, jul./set. 2020.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamento do processo civil moderno**. 2ª ed. São Paulo: **Revista** dos Tribunais, 1987.
- GONÇALVES, Mauro Pedroso. *Amicus curiae* nos tribunais superiores: avanços e equívocos da jurisprudência brasileira *In* **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, vol. 48, nº. 345, págs. 171-189, nov. 2023.
- GUEDES, Cintia Regina. A evolução da figura do *amicus curiae*, seu potencial de participação nas demandas repetitivas e a necessidade de observância da paridade de armas *In* **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 44, n. 294, p. 297-332, ago. 2019.
- HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. O acesso à justiça para além do instituto *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, vol. 13, nº. 56, págs. 334-357, jul./ago. 2005.
- HILL, Flávia Pereira. Muito prazer, *amicus curiae*: desvendando o enigma desse terceiro interveniente *In* **Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro**, Belo Horizonte, vol. 28, nº. 111, págs. 109-124, jul./set. 2020.
- LACERDA, Galeno. Processo e cultura *In* **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, Saraiva, vol. 2, nº 3, págs. 74-86, jan./jun. 1961.
- LOWMAN, Michael K. *The litigating curiae: when dos the party Begin after the friends leave?* *In* **The American University Law Review**, Washington D.C., Vol. 41:1243, págs. 1243-1299. Disponível em: https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/aulr/article/1838/&path_info=lowman.pdf. Acesso em: 23 de mai. 2024.
- LOWMAN, Michael K. *The litigating curiae: when dos the party Begin after the friends leave?* *In* **The American University Law Review**, Washington D.C., Vol. 41:1243, págs. 1243-1299. Disponível em: https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/aulr/article/1838/&path_info=lowman.pdf. Acesso em: 23 de mai. 2024.

- MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. **A intervenção do "amicus curiae" e a modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade** In **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, vol. 44, nº. 294, págs. 359-386, ago. 2019.
- MICHELE, Taruffo. *Ideologie e teorie dell'agjustiziacivile* In **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, vol. 40, nº. 247, págs. 49-60, set. 2015.
- MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. **Amicus curiae: melhor aproveitamento a partir das funções instrutória e representativa** (tese de doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2019, pág. 83. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10923/16570>. Acesso em: 28 de mai. 2024.
- MUNHOZ, Manoela Virmond. **A participação do amicus curiae** (e-book). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, 3. O regime jurídico do *amicus curiae* no CPC/15. 3.4. Os poderes do *amicus curiae*, pág. RB-4.4. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/339955467/v1/page/RB-4.4>. Acesso em: 29 de mai. 2024.
- NUNES, Jorge Amaury Maia. A Participação do *Amicus Curiae* no Procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF In **Revista**
- Direito Público**: Brasília, vol. 5, nº 20, 2010, págs. 47-64. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1422>. Acesso em: 23 maio. 2024
- OLIVEIRA, Danilo Vital de. **Sobre o Amicus Curiae no processo civil brasileiro: limites e possibilidades** (dissertação de mestrado). Universidade Federal de Alagoas – UFAL, 2012, pág. Disponível em: <http://www.repositorio.ufal.br/jspui/handle/riufal/4375>. Acesso em: 26 mai. 2024.
- PEIXOTO, Ravi. A ADI 3.396 e o *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade: a recorribilidade da decisão de inadmissibilidade e a atuação da pessoa natural como *amicus curiae* In **Revista de Direito do Consumidor: RDC**, São Paulo, v. 30, n. 137, p. 355-369, set./out. 2021.
- PUGLIESE, Willian Soares. **Amicus curiae: procedimento, poderes e vinculação à decisão** In **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, vol. 45, nº. 305, págs. 83-97, jul. 2020.
- RAAZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo Código de Processo Civil In **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, vol. 18, nº. 31, págs. 23-36, ago. 2011.
- RAZABONI, Olívia Ferreira. **Amicus Curiae: democratização da jurisdição constitucional** (dissertação de mestrado). Universidade de São Paulo – USP,

- São Paulo, 2009, pág. 124. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28062010-090023/pt-br.php>. Acesso em: 30 de mai. 2024.
- SANTIAGO Y CALDO, Diego. *Amicus curiae* no Direito norte-americano e no brasileiro *In Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 43, n. 284, p. 463-491, out. 2018.
- SANTOS, Joyce Araújo dos. **Intervenção do amicus curiae na jurisdição democrática: da legitimidade das decisões judiciais no sistema de direito comunicativo e o modelo estrutural de contraditório participativo** (tese de doutorado). Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, 2020, pág. 19. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/40575>. Acesso em: 18 de mai. 2024.
- SCALABRIN, Felipe; RAATZ, Igor. O processo civil no Estado Democrático de Direito na superação do modelo de processo do Estado Liberal: da garantia do devido processo legal ao direito fundamental ao processo justo e democrático *In Direitos Fundamentais e Justiça: DFJ*, Belo Horizonte, v. 5, n. 14, p. 269-296, jan./mar. 2011.
- SILVESTRI, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati* *In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*: Milão, 1997, págs. 679-698. Disponível em: <https://www.academia.edu/84576>
- 3/L_amicus_curiae_uno_strumento_per_La_tutela_degli_interessi_non_rappresentati. Acesso em 23 de mai. 2024.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. A evolução do Estado *In Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo: RIASP*, vol. 9, n.º 17, págs. 159-184, jan./jun. 2006.
- SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça**. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011.
- TALAMINI, Eduardo. *Amicus curiae and the new faces of Justice* *In A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, vol. 20, n.º. 79, págs. 133-185, jan./mar. 2020.
- TALAMINI, Eduardo. O *amicus curiae* e as novas caras da Justiça *In A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, vol. 20, n.º. 79, págs. 133-185, jan./mar. 2020.
- TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil** (e-book). 3ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2026, PARTE GERAL, LIVRO III - DOS SUJEITOS DO PROCESSO
- ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 5ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, pág. 336.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: do problema ao**

precedente. Da teoria do processo
ao Código de Processo Civil de

2015. 3ª ed. São Paulo: Thomson
Reuters Brasil, 2015, pág. 213.

ESFERA PÚBLICA DELIBERATIVA OU ESPELHO DA REALIDADE? AS APOSTAS DE JÜRGEN HABERMAS E MICHELE TARUFFO PARA A JUSTIÇA PROCEDIMENTAL.¹²²⁵

DELIBERATIVE PUBLIC SPHERE OR MIRROR OF REALITY? JÜRGEN HABERMAS AND MICHELE TARUFFO'S BETS FOR PROCEDURAL JUSTICE

Reimilan Seneterri da Silva Rodrigues

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC), graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Procurador do Estado do Ceará e integrante do grupo de pesquisa Democracia, Pluralismo no Constitucionalismo Autoritário - O Supremo Tribunal Federal e a Constituição do Brasil de 1967/1969. seneterri@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo situa-se no campo de estudo das funções epistêmicas da prova processual, tendo como objetivo principal compreender em que medida se articulam teoricamente duas concepções aparentemente opostas a respeito do processo judicial: a visão representada pelo pensamento de Jürgen Habermas que traz o direito como instrumento privilegiado de mediação da integração social e, neste contexto, o processo como via de procedimental de estabelecimento do consenso e, de que maneira esta concepção articula-se ou contrapõe-se ao realismo crítico do jusfilósofo Michele Taruffo ao defender uma concepção teórica e pragmática de realização da justiça em conexão íntima com a busca da verdade real. Neste contexto, busca-se compreender os fundamentos da visão do direito após os resultados da virada linguística e quais as suas derivações sobre a visão de processo enquanto meio de

reconstrução dos fatos do mundo da vida. Busca-se compreender, outrossim, as principais bases teóricas da concepção da verdade como correspondência, de clara filiação teórica com o pensamento de Susan Haack e que, aplicada ao pensamento processualista romano-germânico por Michele Taruffo, vem crescendo em influência no pensamento jurídico processualista brasileiro através da contraposição à doutrina do *plea and charge bargaining* e de importantes estudos, como os recentemente produzidos por Gustavo Henrique Badaró, Salah H. Khaled Júnior e outros. A hipótese principal do trabalho a ser verificada a partir das teorias estudadas é de que o direito, embora quando concebido enquanto *medium* esteja livre de toda a problemática de uma legitimação material, desde que obedecido o procedimento adequadamente capaz de justificar as razões considerando um auditório

¹²²⁵ Artigo recebido em 08/12/2023 e aprovado em 02/07/2024.

ampliado, em campos específicos a busca da legitimidade reclama fortes bases a partir de uma concepção de verdade não limitada a aspectos pragmáticos ou consensuais. A metodologia é hipotético-dedutiva e, do ponto de vista dos métodos, utilizaram-se fontes bibliográficas, recorrendo-se a livros e repositórios constantes em bases indexadas.

PALAVRAS-CHAVE: Epistemologia processual; esfera pública deliberativa; realismo crítico.

ABSTRACT: This paper is located in the field of epistemic functions of procedural evidence and aims to study two opposing conceptions regarding the judicial process are theoretically articulated: the theoretical vision represented by the thought of Jürgen Habermas, which conceives the law as a privileged instrument for mediating social integration and, in this context, the process as a procedural way of establishing consensus and, in what way this conception articulates or opposes itself to the critical realism of the legal philosopher Michele Taruffo when defending a theoretical and pragmatic approach that conceives justice as results of a search for truth. In this context, we seek to understand the foundations of the vision of law after the results of the linguistic turn and what are its derivations on the vision of process as a means of reconstructing the facts of the world of life. Furthermore, we seek to understand the main theoretical bases of the conception of truth as correspondence, with a clear theoretical affiliation with the thought of Susan

Haack and which, applied to Roman-Germanic proceduralist thought by Michele Taruffo, has been growing in influence on proceduralist cool thought. The opposition to the plea and charge bargaining doctrine and important studies, such as those recently produced by Gustavo Henrique Badaró, Salah H. Khaled Júnior and others, has been studied. The main hypothesis for this paper to be verified is that the law, although when conceived as a medium, is free from any problem of material legitimation, as long as the procedure adequately capable of justifying the reasons considering a larger audience is followed. However, in specific fields the search for legitimacy requires strong foundations based on a conception of truth not limited to pragmatic or consensual aspects. The methodology is hypothetical-deductive and, from a methods point of view, bibliographic sources were used, using books and repositories contained in indexed bases.

KEYWORDS: Procedural Epistemology; Deliberative Public Sphere; Critical Realism.

INTRODUÇÃO

As pesquisas realizadas pelo jusfilósofo italiano Michele Taruffo em torno das concepções probatórias na contemporaneidade, da função epistêmica da atividade probatória e dos comuns equívocos que determinadas filiações teóricas conduziram agentes jurídicos a reproduzir na prática de distribuição da justiça, investigações estas problematizadas a partir dos impactos concretos sobre a legitimação

dos resultados obtidos nos processos judiciais, vêm inspirando estudiosos de diversas matizes em solo brasileiro. Tal como a ciência, o processo deve constituir espaço para aplicação de métodos racionais para a busca da verdade e, portanto, desservir-se de regras e institutos que impeçam, proposital ou colateralmente, a aplicação desses métodos.

Esta concepção epistêmica do processo, encarada como construção teórica ou como proposta pragmática, contudo, convive com concepções outras, que de matriz aparentemente oposta, cientes dos desafios epistemológicos que cercam o intercâmbio de uma linguagem – a do mundo dos fatos – para a linguagem do conjunto das proposições acerca do mundo em si, apostam na pragmática processual deliberativa. Examinadas tais concepções, a problemática que emerge é, dentre outras, a de saber se uma concepção de justiça estritamente ligada à realização da verdade correspondentista – como defendida por Taruffo – encontra oposição com a concepção de justiça que exige resultados consensuais, como a que tem nas pesquisas desenvolvidas ao longo da trajetória de Jürgen Habermas, a sua principal fundamentação.

O objetivo geral deste estudo é compreender em que medida se articulam teoricamente as relações entre essas duas influentes concepções de justiça processual e apontar para possíveis contribuições no campo do

estudo do direito probatório a partir da exploração dessas teorias, que embora carreguem aspectos excludentes e complementares, ambas constituem influentes modelos de intervenção na realidade.

Conquanto a concepção que defende uma aposta em métodos capazes de reproduzir os acontecimentos ocorridos no mundo dos fatos e na aproximação da verdade processual à verdade correspondentista possua um forte apelo diante de noções pragmáticas, frequentemente acusadas de revelarem um desvalor sobre a verdade¹²²⁶, o certo é que avultam soluções, inclusive no campo legislativo, que apontam para a aceitação de uma “verdade negociada” inclusive em países da tradição jurídica romano-germânica.

Receios teóricos em torno do *plea and charge bargaining* são dificilmente capazes de impedir o crescimento de propostas desta tendência na esfera penal, tampouco a defesa da importância da apreciação analítica das provas tem impedido reformas no processo civil visando à simplificação probatória, como se viu recentemente na Itália a partir de algumas regras observadas na *riforma Cartabia*, sobretudo buscando uma solução para a lentidão processual no funcionamento da atividade jurisdicional.

Alguns questionamentos laterais devem inexoravelmente ser suscitados, alguns dos quais impossíveis de serem

¹²²⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 133.

respondidos inteiramente no escopo restrito deste trabalho. No contexto problemático da contemporaneidade onde o processo, para além da justiça retributiva, se constitui igualmente instrumento para catalisar soluções para dilemas de alta complexidade, ainda faz sentido “apostar” na busca da “verdade” (no sentido correspondentista) ou, ao contrário, este processo – com especial destaque às questões estruturais – prescinde da reconstituição desse ideal regulativo?

Metodologicamente busca-se realizar um estudo analítico acerca das bases fundamentais e derivações das teorias levantadas como objeto da pesquisa e, do ponto de vista dos métodos, são utilizadas fontes bibliográficas.

1. O PROCESSO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA DELIBERATIVA

O giro linguístico na filosofia do século XX ¹²²⁷ tem legado relevantes mudanças de perspectiva para as tradicionais discussões filosóficas acerca da concepção de verdade. Sob este marco teórico, o modelo concebido por Jürgen Habermas possui especial importância para o enfoque das teorias da justiça, diante do papel conferido ao direito pelo autor, tanto como fio condutor para a compreensão da normatividade contida na razão comunicativa como pela sua

identificação como mediador privilegiado do consenso deliberativo, portanto, aproximativo da facticidade à comunidade ideal de fala.

Ao contrário da Teoria Crítica, que dedicara pouca atenção ao direito, porquanto confinado à categoria da superestrutura, na teoria de Habermas o direito positivo consiste em categoria promissora à explicação da vida social e das pretensões de validade transcendentais: “As normas desse direito possibilitam comunidades extremamente artificiais, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado”¹²²⁸.

As suas primeiras pesquisas ainda no início dos anos 1960, dando conta do surgimento da “esfera pública” (*Öffentlichkeit*) nos estados europeus ocidentais a partir do século XVIII, já mostravam o papel da comunicação nas relações políticas. O fenômeno, observado sob a perspectiva sociológica, correu ao lado da afirmação da sociedade burguesa e dos espaços de individualidade, liberdade e democracia. No primeiro momento, remontando à virada do século XVIII na Inglaterra, a esfera pública burguesa surgiu como espaço separado do Estado para que, ao final e já coincidindo com um momento de degradação de tal espaço a partir da segunda metade do século XIX, viesse a ser ocupada também por novos atores, não

¹²²⁷ Para uma explicação do giro linguístico, ver o ensaio *Filosofia Hermenêutica e Filosofia Analítica: duas versões complementares da virada linguística*, publicada na obra: HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação:**

ensaios filosóficos, volume 1. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 63.

¹²²⁸ **Direito e democracia:** entre facticidade e validade, volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 25.

burgueses, “que, por não disporem de propriedade e, com isso, de uma base para a autonomia privada, não poderiam ter nenhum interesse na manutenção da sociedade como esfera privada”¹²²⁹.

As patologias desenvolvidas neste processo, a colonização do “mundo da vida” pelos sistemas - diagnóstico sem dúvida de matriz weberiana a respeito da modernidade e as formas de dominação -, resultaram na criação da assim denominada “jaula de ferro” e nas sínopes autoritárias do século XX. O diagnóstico e a necessidade de recuperação da esfera pública se completaram em Habermas com a ampliação do seu estudo a partir do esboço da filosofia analítica da linguagem, fundamentando a proposta de democracia deliberativa, onde as reflexões a respeito do direito, enquanto ferramenta para o consenso, passam a receber especial importância¹²³⁰.

Em certa medida, a guinada linguística da primeira metade do século XX volta-se contra o psicologismo empirista que buscava explicar relações lógicas ou conceituais. Para Habermas, o primeiro passo é dado por Gottlob Frege, com a distinção entre as categorias de *pensamentos* e *representações*¹²³¹. As representações, sendo sempre de indivíduos específicos

e identificados, diferem dos pensamentos, que são os mesmos, ainda que apreendidos por indivíduos em diferentes lugares e tempos. Para além da simples consciência representadora, os pensamentos não apreendem tão somente os objetos – como fazem as representações –, sendo estruturalmente complexos e *exprimem uma proposição ou um estado de coisas*.

A idealidade dos pensamentos confere-lhe uma estrutura proposicional “a salvo das correntes das vivências” e reconhecíveis intersubjetivamente. A semântica formal de Frege, contudo, opera com um único conceito semântico de linguagem, deixando seus demais aspectos entregues à análise empírica, já se observando em Charles Peirce o desenvolvimento da análise do uso formal da linguagem na comunicação, o sentido da verdade no processo linguístico¹²³².

Em Peirce a comunicação e, em geral a interpretação dos sinais, é “o nervo central das performances linguísticas”. Assim como explica o momento da formação dos conceitos, que funda a generalidade, também o faz em relação ao momento da formação dos juízos de verdade que superam o tempo e o lugar. A representação

¹²²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 75 e 153.

¹²³⁰ A aproximação do autor com as teorias da linguagem e das correntes do pragmatismo, especialmente de Peirce e Karl-Otto Apel, completaram o conhecido giro linguístico em sua teoria finalmente na obra de 1992 (*Faktizität und Geltung*), com tradução brasileira:

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹²³¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 28.

¹²³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 37.

linguística de algo para um possível intérprete é descoberta em sua estrutura tripolar: o *real* é o que pode ser representado em proposições verdadeiras; o *verdadeiro* é o que se sustenta a partir da pretensão do falante; e esta relação se dá de forma intersubjetiva na ocasião em que se asseire a proposição.

Uma pretensão de verdade proposicional, além de buscar aceitabilidade racional, leva falantes e ouvintes a transcenderem os padrões de uma determinada coletividade, alcançando um auditório alargado no tempo e espaço. localizada aqui e agora ¹²³³. Esta concepção de Peirce, originalmente válida para a comunidade de pesquisadores, em Habermas é aplicada às comunicações do dia a dia: *a justificada pretensão de verdade deve ser defensável racionalmente (argumentativamente) contra possíveis objeções visando a obter um acordo racional da comunidade de interpretação em geral*. No *agir comunicativo*, a linguagem passa a ser explorada como fonte primária (*medium*) de integração social. Utilizada para transmitir informações, também possui força ilocucionária.

A *razão prática* parece obedecer a mecanismos semelhantes ao da ação comunicativa. Dentre os problemas da modernidade está o desenraizamento da razão prática das formas de vida culturais e políticas, passando a ser

inserida como faculdade subjetiva (autonomia do indivíduo) ¹²³⁴. Contudo, se adotada a perspectiva da teoria da ação comunicativa, é possível identificar uma *razão comunicativa*, realizada no meio linguístico e tendente a interligar, possibilitar e, paradoxalmente, limitar o entendimento.

A *razão comunicativa* possui também um conteúdo *normativo*, porém apenas no sentido *fraco* de que obedece a pressupostos pragmáticos, como o de que deve obedecer a certas idealizações, atribuição de significados comuns aos enunciados, pretensões de validade dos enunciados, a consideração de veracidade subjetiva dos destinatários, dentre outras. Porque diferente da *razão prática*, não está vinculada a um ator ou sistema sociopolítico “capaz de dizer aos atores o que *devem* fazer” ¹²³⁵. Além disso, refere-se apenas a entendimentos criticáveis e abertos a esclarecimentos.

Sob a perspectiva kantiana, o direito positivo (enquanto superação do direito natural na modernidade), reclama validade (e legitimidade) a partir dos direitos subjetivos, interligando a facticidade da sua imposição pelo Estado com a força da sua normatização – com pretensão de racionalidade – que visa garantir a liberdade: “normas do direito são, ao mesmo tempo e sob

¹²³³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade, volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 31-33.

¹²³⁴ Para Habermas, a filosofia do sujeito operou uma “implosão da figura da razão prática”. Ver HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre

facticidade e validade, volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 17 e 19.

¹²³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade, volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 20.

aspectos diferentes, leis de coerção e leis de liberdade”¹²³⁶.

Explicada sob a teoria da ação, o legislador no direito positivo cumpre o papel de promover a integração social e, por isso, o direito moderno absorve o pensamento democrático: “a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da ‘vontade unida e coincidente de todos’ os cidadãos livres e iguais”¹²³⁷. A noção de ideia, agora incorporada à linguagem, permite concepção de que signos e expressões linguísticas no mundo da facticidade estão ligados à universalidade do significado e da validade. A idealidade da validade de uma proposição reclama justificação no nível da linguagem perante um *auditório ideal e contra objeções apresentadas factualmente*. Esta tensão entre facticidade e validade, já presente no agir comunicativo e na ordem social, é igualmente verificada no direito pela tensão entre positividade e pretensão à legitimidade através da ideia de auto legislação¹²³⁸.

A validez deôntica desse direito e da moral, no projeto do agir comunicativo habermasiano, fundamenta-se também na discursividade dos indivíduos afetados.

Alcança, por meio do discurso, a validade universal e racional. Para que os seus discernimentos sejam universalizáveis, é preciso que possam ser motivados. “Apenas as formas de vida que vêm, neste sentido, ‘ao encontro’ de morais universalistas preenchem as condições necessárias para revogar as operações abstrativas de descontextualização e da desmotivação.”¹²³⁹

Também a clássica discussão a respeito da verdade, nessa concepção filosófica, é deslocada do campo da teoria do conhecimento como forma de apreensão de conteúdos metafísicos e é reconstruída a partir dos processos comunicativos. A partir dos resultados da filosofia da linguagem, a verdade suposta pela teoria do realismo, de que existe um mundo independente das descrições que se façam sobre ele, precisa conciliar a noção de que todo acesso à realidade é inexoravelmente mediatizado pela linguagem, haja vista que o mundo da vida é necessariamente estruturado pela linguagem¹²⁴⁰.

O objetivo ilocucionário do falante é de que o ouvinte não apenas tome conhecimento de sua asserção sobre o fato, mas de que compartilhe da sua opinião. Em *Wahrheit und Rechtfertigung*, o autor desenvolve o processo de revisão do seu conceito de

¹²³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade, volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 49.

¹²³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade, volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 53.

¹²³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade, volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 60.

¹²³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 131-132.

¹²⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação:** ensaios filosóficos, volume 1. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 8

verdade¹²⁴¹, que inicialmente definida de um modo “procedural, a saber, como um por à prova sob as condições normativamente exigentes da práxis da argumentação”¹²⁴² revela-se contraintuitivo “na medida em que, obviamente, a verdade não é um ‘conceito ligado ao sucesso’”¹²⁴³. A despeito da ligação entre verdade e justificação, passa a descartar a ligação conceitualmente indissolúvel entre ambas. Ainda assim, considerando que inexistente qualquer possibilidade de se chegar à verdade empírica se não pelo discurso, permanece a importância do discurso racional, que convida os participantes a deixarem de lado suas perspectivas, como única forma de se certificar a *verdade*.

Seria um engano imaginar, contudo, que a legitimação do direito estaria simplesmente no procedimento. Como observa Lúcio Antônio Charmon Junior, a crítica ao juspositivismo estaria no fato de que há situações em que, se em muitos casos o direito – enquanto *medium* – estaria livre de toda a problemática de uma legitimação material, quando percebido enquanto *instituição* a referência procedural seria insuficiente.

Isso parece apontar para uma conclusão praticamente inafastável: a de que para determinadas formas de realização da justiça (e de reprodução de práticas do direito e seus reclames por legitimação), a concepção de verdade no sentido discursivo poderá reclamar por maior ou menor espaço. Para a regulação econômica, empresarial, comercial e administrativa, o direito como meio reclama uma forte legitimação procedimental, ao passo que para questões de direito constitucional, princípios penais, matérias que respondem a elevada carga moral, cobriria o âmbito do direito como instituição e para estas o procedimento formal é insuficiente¹²⁴⁴.

2. O RETORNO DA VERDADE AO PROCESSO COMO EXIGÊNCIA À LEGITIMAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL

As reflexões acerca do direito, quer sejam em suas dimensões especulativas mais amplas quanto ao significado da justiça, quer sejam no tocante aos aspectos pragmáticos procedimentais, são inescapáveis de uma reflexão filosófica acerca da verdade e seu valor epistêmico para as

¹²⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos, volume 1. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 48. Ver também: REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009, p. 28.

¹²⁴² HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos, volume 1. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 46.

¹²⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos, volume 1. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 47.

¹²⁴⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 189. Para Habermas, “quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser carregado pela gênese democrática do direito.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 171.

formas de reprodução da vida em sociedade.

Em paralelo aos estudos que tiveram como fio condutor o giro linguístico – tratados na seção anterior – e que vêm impactando as reflexões acerca do direito, sobretudo diante do seu papel mediador do consenso deliberativo, chama atenção que também no campo das reflexões jurídicas estudos vêm despontando acerca do papel da verdade no direito e nos processos judiciais contemporâneos. Nos sistemas de cultura jurídica romano-germânica, a discussão vem adquirindo uma faceta específica a partir da recepção de correntes de pensamento de matriz anglo-saxônica¹²⁴⁵.

Estas teorias, que vêm adotando de forma mais ou menos radical uma perspectiva tradicionalmente denominada *correspondentista* da verdade, e têm recebido o nome de *novo realismo filosófico*¹²⁴⁶, têm rendido importantes estudos na doutrina processualística penal brasileira e no âmbito das ciências criminais. É possível conjecturar que o motivo pelo qual essa corrente de pensamento venha recebendo maior atenção de estudiosos da processualística penal – e, ao contrário, quase passando despercebida dos demais estudiosos do direito – se deva ao fato de que naquele

âmbito da pragmática jurídica as consequências da falibilidade humana exponha suas mais graves consequências sobre a esfera individual (o caráter da *extrema ratio* sustentada pelos estudiosos desse campo de atuação estatal): o risco de que decisões calcadas em procedimentos de baixíssimo ou de nenhum rigor quanto à reconstrução cognitiva dos fatos venham a maximizar os efeitos da injustiça penal carcerária.

Neste país a concepção de realismo filosófico vem assim produzindo uma série de estudos onde se defende a concepção de processo sintetizado na enunciação de *espelho da realidade* e, portanto, onde sejam levados os fatos a sério para a distribuição da justiça procedimental. Citando-se, neste sentido a obra de Gustavo Henrique Badaró onde defende uma justiça penal exigente, calcada em três condições necessárias: o *correto* juízo sobre os fatos, ou seja, o estabelecimento da verdade de como os fatos realmente ocorreram, a *correta* interpretação e aplicação da norma, e o devido processo legal. Embora não seja insensível aos riscos à duração razoável do processo que venha impor a busca exigente da verdade, para o autor esta deve respeitar o tempo necessário para a obtenção do “conhecimento

¹²⁴⁵ TWINING, William. **Rethinking evidence:** exploratory essays. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

¹²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. **Seqüência:** Estudos Jurídicos e Políticos, [S.L.], v. 37, n. 74, p. 115, 21 dez. 2016. Universidade

Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n74p115>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n74p115/33123>. Acesso em: 20 out. 2023, p. 118.

verdadeiro” mediante a reconstrução dos fatos¹²⁴⁷.

Também aqui Salah H. Khaled Jr., já advogando modelo integrativo, observa que a complexidade da trama processual, onde se depara o julgador com enunciados a respeito dos fatos – e não com os fatos em si –, embora não possa implicar a renúncia completa da verdade, tampouco é possível estabelecer um compromisso com a busca incessante por ela¹²⁴⁸. Sem que admita uma proposta definitiva, a constatação de que é impossível o alcance de uma verdade no sentido correspondentista – nem mesmo relativa ou aproximativa –, a admissão de que a verdade possível é contingencial, lança uma defesa da primazia ao respeito das “regras do jogo” processual com o intuito de “reduzir os danos” decorrentes do erro judicial.

Neste contexto, os estudos realizados por Michele Taruffo – herdeiro de uma tradição que remonta a Beccaria, Carnelutti, Calamandrei, Carnacini, Liebman, Cappelletti, dentre

outros – vêm influenciando como nenhum outro a reviravolta processualística em torno do valor epistêmico da verdade, desta vez no sentido de fato correspondentista¹²⁴⁹. Contrapondo-se ao pensamento, que qualifica como relativista, acerca da verdade, assume tom crítico à cultura filosófica geral (*embriaguez pós-moderna*) que, segundo ele, teria colocado a verdade à parte a ponto de ser banida do discurso filosófico, resgatando em seu pensamento sólidas bases teóricas, especialmente a partir do encontro com o pensamento de Susan Haack, que “define como *New Cinics* o variado grupo que inclui sociólogos radicais, feministas, multiculturalistas, teóricos radicais da literatura, semiólogos e outros”¹²⁵⁰.

A perspectiva de que a esfera das relações vitais, todo nosso pensar e fazer são necessariamente mediadas pela linguagem¹²⁵¹ não exclui o caráter apofântico dos enunciados – passíveis de serem julgados como verdadeiros ou falsos – construídos a respeito dos fatos. A decisão final, portanto, deve funcionar

¹²⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, pp. 275-276.

¹²⁴⁸ Neste aspecto aborda teorias brasileiras enquadradas como opostas, representadas de um lado por Cunha Martins e, do outro, por Auri Lopes Jr. Mais adiante, resume o cerne da sua teoria: “somente uma estrutura ritualizada de contenção do poder punitivo e correção da contaminação da evidência pode em alguma medida assegurar o caráter analógico dos rastros e garantir que a eventual condenação se sustente ao menos no signo do *Análogo*.” KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição

inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 588 e 592.

¹²⁴⁹ Importantes derivações do pensamento de Michele Taruffo passados em revista para a realidade do sistema jurídico brasileiro podem ser constatadas na coletânea: PEREIRA, Flávio Cardoso (org.). **Verdade e prova no processo penal**: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília, Df: Gazeta Jurídica, 2016. 336 p.

¹²⁵⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 96-97.

¹²⁵¹ FABRIS, Adriano. **El giro lingüístico**: hermenéutica y análisis del lenguaje. Madrid: Akal, 2001. Tradução de Mercedes Sarabia, p. 8.

de modo a resolver a incerteza, atribuindo o *status* de verdadeiro ou falso a cada enunciado construído a partir dos fatos objeto de prova no processo e dos mais variados graus de confirmação obtidos a partir dessas provas.

Embora o resultado probatório implique, por parte do juiz, a construção de uma narrativa a partir dos enunciados submetidos aos diferentes graus de confirmação, cada construção linguística obedece, individualmente, a critérios analíticos: “O princípio do livre convencimento do juiz (...) não implica, de fato, que o juiz seja desvinculado de critérios de racionalidade que devem governar seu raciocínio (...), não significa que ele possa confiar em uma intuição subjetiva (...)”¹²⁵².

O solipsismo e o psicologismo não encontram espaço nesta construção filosófica, que vincula o ideal de justiça ao atingimento da verdade¹²⁵³; mas também não há espaço para doutrina da *carga dinâmica da prova* aplicada ao processo e tampouco para as consequências atribuídas ao não exercício do direito de defesa pelo

sujeito que litiga no processo, construindo um sistema fechado onde a legitimação processual se dá pelo compromisso com a verdade: “(...) o fato não contestado deve ser efetivamente objeto de decisão, no sentido de que o juiz sempre pode trazer elementos de convicção acerca da veracidade ou da falsidade deste (...)”¹²⁵⁴.

Luca Passanate chama atenção para um aspecto menos estudado da teoria de Taruffo, que diz respeito à “verdade da motivação”, conceito que considera que aspectos da sentença são capazes de revelar, indutivamente, os reais motivos da decisão judicial, “più o meno abilmente occultate dietro argomentazioni di pura logica o di puro diritto”¹²⁵⁵. A tese de que existe uma dissociação entre o percurso lógico seguido pelo juiz (o *contexto de descoberta*) e a construção do raciocínio expresso na sentença (*contexto de justificação*), assim desvelada pelo autor, é apresentada como mecanismo capaz de permitir uma tomada de consciência por parte do julgador e seu autocontrole: “senza negare la chiara distinzione tra

¹²⁵² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, p. 251.

¹²⁵³ Para Taruffo “o que interessa não é o *iter* lógico-psicológico que o juiz seguiu para chegar à formulação final da decisão. (...) não interessa dinâmica das sinapses ocorridas nos neurônios do juiz, e nem mesmo importam seus humores, sentimentos, e tudo mais que pode ter ocorrido in *interiore homine*.” TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, p. 271.

¹²⁵⁴ TARUFFO, Michele. VERDADE NEGOCIADA. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 13, p. 634-657, jul. 2014.

Quadrimestral. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928/9340>. Acesso em: 15 out. 2022. P. 657. Para o autor, a doutrina da carga dinâmica que permite o juiz manipular equitativamente os encargos probatórios não se concilia com a imparcialidade judicial. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, p. 266-267.

¹²⁵⁵ PASSANATE, Luca. Motivazione della sentenza e accertamento della verità nel pensiero di Michele Taruffo. **Revista Ítalo-Espanhola de Derecho Procesal**, [S.L.], n. 1, p. 75-88, 22 jul. 2021. Marcial Pons, p.76.

quest'ultima e l'effettivo ragionamento del giudice, interpreta la stesura della motivazione come un passaggio fondamentale, che si traduce per il giudice in un momento di autocontrollo razionale della decisione"¹²⁵⁶.

A defesa do realismo correspondentista, ao exigir que a legitimação – e o sentido de justiça – esteja inelutavelmente associado à *verdade*, parece não se compatibilizar com as correntes filosóficas que demandam legitimação a partir de aspectos procedimentais, buscando Taruffo expressamente se distanciar do Niklas Luhmann de *Legitimation durch Verfahren*¹²⁵⁷ e de certa compreensão que extrai do trabalho de John Rawls (*pure procedural justice* e a noção de loteria corretamente gerida).

Contudo, é razoável um certo ceticismo quanto à efetiva incompatibilidade entre tais pensamentos, assim como em relação à concepção habermasiana do direito que aparece já em *Faktizität und Geltung* (1991)¹²⁵⁸, visto que esta reclama diferentes formas de legitimação, se visto enquanto *instituição* ou como *regulação econômica*. No direito como instituição – espaço que carrega questões penais e constitucionais – o valor de verdade correspondentista

parece estar imbricado mais fortemente com o sentido de justiça, ao passo que nos espaços regulatórios – econômicos, empresarial, comercial, administrativo –, o que se verifica é que é que exatamente aí é onde o sentido da justiça deliberativa pelo consenso informado encontra menor capacidade de ser recrutado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo aqui realizado surgiu da necessidade de se contraporem duas concepções pragmáticas distintas de verdade, aplicadas ao sentido de justiça e a um dos instrumentos modernos de sua distribuição, o processo. As teorias abordadas estão no centro de importantes discussões, inclusive pragmáticas, quanto à implantação de marcos regulatórios nas sociedades contemporâneas para solução de dilemas na aplicação da justiça. É importante refletir sobre o questionamento lançado por Sergio Chiarloni, “¿Es posible que en un ambiente semejante sobreviva un sistema judicial que de acuerdo a sus críticos estaría estructurado de modo tal que resulta no apto para verificar la verdad de los hechos sometidos al juicio?”¹²⁵⁹

¹²⁵⁶ PASSANANTE, Luca. Motivazione della sentenza e accertamento della verità nel pensiero di Michele Taruffo. **Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal**, [S.L.], n. 1, p. 75-88, 22 jul. 2021. Marcial Pons, p.86.

¹²⁵⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 123.

¹²⁵⁸ “(...) quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser

carregado pela gênese democrática do direito.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 171.

¹²⁵⁹ CHIARLONI, Sergio. La verdad tomada en serio. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 184-199, 2 ago. 2018. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/redp.2018.36490>. Disponível em: <https://www.e->

A abordagem das correntes epistemológicas neste artigo revela, contudo, um espaço não excludente para ambas as teorias no âmbito da justiça processual. Os reclames de legitimidade para o direito movem-se por zonas diferentes, sendo impossível conceber que uma legitimação, seja verificacionista ou procedimental, é capaz de conferir o sentido de legitimidade e de justiça em todo tempo e lugar. Ademais, a sua satisfação não pode se dar igualmente para toda e qualquer equalização de demandas buscada perante o Estado.

Desta maneira, retomando uma conclusão parcial neste estudo, os resultados teóricos de Taruffo e Habermas parecem ser bastante promissores se estudados em conjunto, ainda que partam de distintas concepções filosóficas acerca da verdade. Isso porque, concebido haver situações em que o direito – enquanto *medium* – estaria livre de toda a problemática de uma legitimação material, desde que obedecido o procedimento adequadamente capaz de justificar as razões considerando um auditório ampliado, não é excludente em relação ao reconhecimento do direito enquanto *instituição* onde a referência procedural seria insuficiente.

A ênfase em potencialidades do direito em lugares inadequados, como a busca incessante da verdade correspondentista onde esta forma de legitimação não é requisitada, implicaria mais uma vez o risco de perpetuação da *Stahlartes Gehäuse*

(jaula de ferro), já há mais de século descrita por Max Weber.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.
- BETTINE, Marco. **A teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas: bases conceituais**. São Paulo: Each, 2021. Disponível em:
<https://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/587>. Acesso em: 20 out. 2023.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 285 p.
- CHIARLONI, Sergio. La verdad tomada en serio. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 184-199, 2 ago. 2018. Universidade de Estado do Rio de Janeiro.
<http://dx.doi.org/10.12957/redp.2018.36490>. Disponível em:
<https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/36490>. Acesso em: 20 out. 2023.
- DANTAS, Laiz Fraga. Rorty & Habermas: nota sobre duas concepções de verdade. **Argumento**, Salvador, n. 10, p. 133-142, 4 fev. 2011. Disponível em:

publicacoes.uerj.br/redp/article/view/36490.
Acesso em: 20 out. 2023.

- <https://periodicos.ufba.br/index.php/argum/article/view/29825>. Acesso em: 20 out. 2023.
- DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2ed. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2005.
- FABRIS, Adriano. **El giro lingüístico**: hermenéutica y análisis del lenguaje. Madrid: Akal, 2001. Tradução de Mercedes Sarabia.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. Traduzido do original em alemão de 1983 por Guido Antônio de Almeida.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 354 p. Traduzido da 4a. edição alemã por Flávio Beno Siebenechler.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 352 p. Tradução da 4a. edição original alemã de 1994 por Flavio Beno Siebeneichler.
- HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Edições Loyola, 2004. 330 p. (Humanística). Tradução de Milton Camargo Mota.
- KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.
- MATEUCCI, Giovanni. Italy 2023, Riforma Cartabia: innovations in the civil process and adr; potencial interactions? **Revista Eletrônica de Direito Processual**: REDP, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 233-251, 16 out. 2023. Quadrimestral. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/79573/554>. Acesso em: 22 out. 2023.
- PALMERO, María José Guerra. **Habermas**: la apuesta por la democracia. Barcelona: Batiscafo, 2015.
- PASSANANTE, Luca. Motivazione della sentenza e accertamento della verità nel pensiero di Michele Taruffo. **Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal**, [S.L.], n. 1, p. 75-88, 22 jul. 2021. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. http://dx.doi.org/10.37417/rivitsproc/vol_1_2021_08.
- PEREIRA, Flávio Cardoso (org.). **Verdade e prova no processo penal**: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. 336 p.
- REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. Tradução de Vilmar Schneider.
- STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos, [S.L.], v. 37, n. 74, p. 115,

- 21 dez. 2016. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n74p115>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n74p115/33123>. Acesso em: 20 out. 2023.
- TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. **Ars Interpretandi**, [S.L.], n. 1, p. 29-42, jan. 2018. Società Editrice Il Mulino. <http://dx.doi.org/10.7382/90351>. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/doi/10.7382/90351>. Acesso em: 20 out. 2023.
- TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. 290 p. Tradução de Vitor de Paula Ramos.
- TARUFFO, Michele. Verdade negociada? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 13, p. 634-657, jul. 2014. Quadrimestral. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928/9340>. Acesso em: 20 out. 2023.
- TUZET, Giovanni. Somnium Taruffi. **Derecho & Sociedad**, [S.L.], n. 57, p. 1-23, 17 jul. 2021. Sistema de Bibliotecas PUCP. <http://dx.doi.org/10.18800/dys.202102.001>.
- TWINING, William. **Rethinking evidence**: exploratory essays. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. 533 p.

AS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DOS LIMITES DA NEGOCIAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL ATÍPICA E A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.¹²⁶⁰

DOCTRINAL DIVERGENCES ON THE LIMITS OF ATYPICAL PROCEDURAL LEGAL NEGOTIATION AND THE POSITION OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

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

Gerfison Soares Silva

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Especialista em Advocacia Cível (FMP/RS-2023). Especialista em Direito Processual: Civil e Trabalho (CESUPA-2018). Bacharel em Direito (CESUPA-2015). Vice-Presidente da Comissão de Diversidade Sexual e Gênero da OAB/PA para o triênio 2022 a 2024. Conselheiro Suplente representante da OAB/PA no Conselho Estadual da Diversidade (CEDS) da SEIRDH/PA desde 2023. Integrante do Grupo de Pesquisa "Inovações no Processo Civil", do PPGD-UFPA, desde 2023. Integrante do Grupo de Pesquisa "Processo, Atuação do Poder Judiciário e Implementação Políticas Públicas no Estado Contemporâneo", do PPGD/CESUPA, desde 2023. Advogado. Belém, Pará, Brasil. gerfisonsoares.adv@gmail.com

RESUMO: Um dos grandes debates relacionados aos negócios jurídicos processuais diz respeito aos limites de tais negociações. A discussão se intensificou com a edição do Código de Processo Civil de 2015, que, em seu art. 190, instituiu uma cláusula geral de negociação jurídica processual que permite às partes realizar ajustes no procedimento bem como dispor sobre seus poderes, ônus, deveres e faculdades processuais. Enquanto uma

corrente da doutrina defende que o artigo 190 do CPC implica o retorno ao privatismo processual conferindo ampla margem para que as partes possam realizar negociações processuais a outra sustenta que a liberdade negocial não retirou o caráter publicista do processo. Diante desse cenário, o objetivo dessa pesquisa é analisar as divergências doutrinárias acerca dos limites da negociação jurídica processual e a posição do Superior Tribunal de Justiça

¹²⁶⁰ Artigo recebido em 17/02/2024 e aprovado em 11/02/2025.

sobre a temática. Como opção metodológica, adota-se o método dedutivo, fazendo-se uma revisão de literatura e uma interpretação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Inicia-se o estudo com uma análise dos negócios jurídicos processuais, explorando aspectos como sua definição, sua previsão legal e a inserção da cláusula geral de negociação processual no CPC/15. Além disso, o capítulo apresenta diferentes perspectivas sobre o tema por meio de uma análise crítica ao confrontar as duas correntes doutrinárias. Ainda nesse capítulo, são estudados os poderes do juiz em relação aos negócios jurídicos processuais, destacando-se as limitações impostas pelas normas de ordem pública e os direitos fundamentais. O capítulo seguinte apresenta o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o qual compreende que a negociação processual tem seus limites na atividade do julgador, não podendo suprimir garantias constitucionais fundamentais nem prejudicar o exercício da atividade jurisdicional. Por meio dos julgados proferidos pelo tribunal é possível concluir que ele considera que tais negociações devem ser exercidas dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, não podendo ser utilizados para violar ou suprimir direitos fundamentais e normas imperativas ou interferir nos poderes do julgador.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula geral de processual. Privatismo e publicismo processual. Limites à autonomia da vontade. Poderes do magistrado.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: One of the great debates related to procedural legal deals concerns the limits of such negotiations. The discussion intensified with the enactment of the 2015 Code of Civil Procedure, which, in its article 190, instituted a general clause on procedural legal negotiations that allows the parties to adjust the procedure as well as to dispose of their powers, burdens, duties and procedural faculties. While one school of thought argues that article 190 of the CPC implies a return to procedural privatism, giving the parties ample scope to carry out procedural negotiations, another maintains that the freedom to negotiate has not removed the publicist nature of the process. Given this scenario, the aim of this research is to analyze the doctrinal differences on the limits of procedural legal negotiation and the position of the Superior Court of Justice on the subject. As a methodological option, the deductive method is adopted, with a literature review and a jurisprudential interpretation of the Superior Court of Justice. The study begins with an analysis of procedural legal transactions, exploring aspects such as their definition, their legal provision, and the inclusion of the general procedural negotiation clause in the CPC/15. In addition, the chapter presents different perspectives on the subject through a critical analysis that confronts the two doctrinal currents. Also in this chapter, the powers of the judge in relation to procedural legal deals are studied, highlighting the limitations imposed by

public order rules and fundamental rights. The next chapter presents the position of the Superior Court of Justice, which understands that procedural negotiation has its limits in the activity of the judge and cannot suppress fundamental constitutional guarantees or hinder the exercise of judicial activity. Through the judgments handed down by the court, it is possible to conclude that it considers that such negotiations must be exercised within the limits established by the legal system and cannot be used to violate or suppress fundamental rights and mandatory rules or interfere with the powers of the judge.

KEYWORDS: General Procedural Clause. Privatism and Procedural Publicism. Limits to the Autonomy of Will. Powers of the Magistrate. Jurisprudence of the Superior Court of Justice.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 ¹²⁶¹ inovou ao prever uma cláusula geral de negociação processual, passando a permitir que partes efetuem modificações no procedimento processual e pactuem seus ônus, direitos, deveres e faculdades. O novel dispositivo instaurou uma dissensão doutrinária quanto aos limites e ao controle de validade dessas negociações processuais. Há os que defendem que

referida cláusula promoveu o retorno ao privatismo processual e há aqueles que entendem que essa modificação legislativa não impactou o caráter publicista do processo.

O presente trabalho visa analisar os limites da negociação jurídica processual e a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre os limites e o exercício do controle de validade dos negócios jurídicos processuais. Para tanto, inicia-se o estudo confrontando duas correntes doutrinárias: a que defende que referida cláusula de negociação processual importa em um retorno ao privatismo, com a liberdade quase irrestrita das partes, e a corrente oposta, segundo a qual o artigo 190 do CPC não retirou o caráter publicista do processo, cabendo ao juiz, no âmbito da sua atividade jurisdicional, limitar os negócios jurídicos processuais.

A seguir, analisa-se o posicionamento do STJ, cuja posição, embora o órgão reconheça a existência da cláusula geral de negociação processual, tem sido no sentido de que os negócios processuais não podem versar sobre os poderes e deveres do juiz, pois eles são essenciais para o exercício da jurisdição e a garantia do devido processo legal. Além disso, entende o STJ que a negociação processual não pode suprimir o contraditório e outras garantias constitucionais fundamentais, cabendo ao juiz, em casos de colisão entre os

¹²⁶¹ BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 jan. 2024.

direitos fundamentais e a vontade das partes, preservar a ordem jurídica justa.

O trabalho foi desenvolvido por meio do método dedutivo mediante pesquisa bibliográfica e jurisprudencial do STJ.

1.QUAIS OS LIMITES DA NEGOCIAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL? O EMBATE DOUTRINÁRIO ENTRE PUBLICISMO E PRIVATISMO PROCESSUAL

O negócio jurídico processual consiste em um acordo celebrado entre as partes, dentro ou fora do tribunal, visando criar, modificar ou extinguir determinadas situações processuais ou realizar alterações no procedimento, seja em momento anterior ao processo, seja durante o seu andamento ou após sua conclusão¹²⁶².

Já havia em nosso ordenamento a previsão de negócios jurídicos processuais típicos. Nesse tópico, o CPC/2015 ampliou as possibilidades de realização de negócios processuais típicos ao prever, por exemplo, a redução de prazos peremptórios (art. 222, § 1.º), a calendarização processual (art. 191), a nomeação consensual de um perito (art. 471), a audiência de saneamento e de organização do processo com cooperação com as partes (art. 357, § 3.º) e o saneamento

consensual (art. 357, § 2.º).

Mas a novidade veio com o artigo 190, que instituiu uma verdadeira cláusula geral de negociação processual, admitindo a negociação jurídica processual atípica, cujo objeto são as situações jurídicas processuais – ônus, poderes, deveres e faculdades das partes – e a prática dos atos processuais – o remodelamento da forma ou da ordem de realização desses atos a fim de que possam se amoldar às peculiaridades da demanda e atender às necessidades das partes – os principais interessados na resolução da controvérsia¹²⁶³.

Para que o negócio jurídico processual atípico seja celebrado, é preciso que os direitos objeto do processo admitam a autocomposição e que as partes sejam plenamente capazes (CPC/2015, art. 190). Além disso, o juiz exercerá o controle da validade dessas negociações, podendo recusar sua aplicação nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade que possa acarretar-lhe prejuízo, conforme o parágrafo único do artigo 190.

Essa é uma das grandes questões que envolvem o tema dos limites desse tipo de negociação. Afinal, na negociação jurídica processual,

¹²⁶² Na doutrina, ver: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 83; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 443; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de*

Processo Civil comentado. 3. ed. em e-book baseada na 17. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 637.

¹²⁶³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 448.

prepondera o princípio da autonomia da vontade? Com o artigo 190 do CPC/2015, houve a superação do publicismo no âmbito do processo civil? Cabe ao julgador acatar o que ficou acordado entre as partes? Qual o limite do exercício de controle do magistrado sobre tais pactuações?

Para parte da doutrina, a inovação trazida pelo CPC de 2015 representa o abandono do caráter publicista do processo e o retorno ao privatismo processual, no qual o processo era compreendido como um contrato.

Afirma Antonio do Passo Cabral que o objetivo da negociação jurídica processual é promover a revitalização do “contrato” ou “acordo” como hipótese de estruturação normativa do processo¹²⁶⁴. O autor argumenta que o Estado não deve intervir nas decisões individuais, as quais devem ser feitas de forma autônoma, a fim de evitar a reinstauração de um paternalismo inadequado na sociedade contemporânea, que resultaria na supressão da liberdade individual e, consequentemente, na perda da autonomia das partes envolvidas¹²⁶⁵. Para ele, com a cláusula de negociação, o processo volta a ser um mecanismo incentivador e satisfatório para a

resolução de conflitos em diversas situações nas quais as partes possivelmente não desejassem utilizar o procedimento padrão, ordinário e inflexível previsto na legislação¹²⁶⁶.

No mesmo sentido, sustenta Adriana Hahn Perez que o CPC/2015 veio para quebrar o paradigma publicista de processo vigente sob a égide da legislação processual anterior e estabelecer uma lógica procedimental fundada na cooperação e consubstanciada em institutos que estejam em conformidade com o Estado Democrático de Direito¹²⁶⁷.

Para os defensores dessa corrente, com a cláusula geral de negociação, o CPC de 2015 inaugura o princípio do autorregramento da vontade das partes, criando um ambiente de ampla liberdade a fim de que o processo possa ser adequado para atingir uma decisão justa.

Daniel Mitidiero afirma que a cooperação ou colaboração constitui um princípio jurídico que acarreta a imposição de um estado de coisas cuja finalidade é funcionar como elemento organizacional de um processo justo, que seja adequado para se atingir uma decisão justa, o que exige um equilíbrio na posição jurídica ocupada pelos seus participantes¹²⁶⁸. Para Fredie Didier Jr., o

¹²⁶⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 256.

¹²⁶⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 217-218.

¹²⁶⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 256.

¹²⁶⁷ PEREZ, Adriana Hahn. *Negócios jurídicos processuais: convenções processuais e*

calendário no CPC/2015. 2017. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 42.

¹²⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. *Revista do Advogado: O novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 126, 2015, p. 49. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/rev>

processo deve ser encarado como espaço conveniente para que as partes possam exercer sua liberdade¹²⁶⁹. Essa liberdade traduz-se no princípio fundamental do autorregramento da vontade no processo, cujo objetivo é permitir o estabelecimento de um ambiente no qual as partes possuam ampla liberdade para se autogerir.

Também Adriana Hahn Perez defende que o atual CPC teria optado por privilegiar a autodeterminação e a participação mais efetiva das partes, dando vazão à possibilidade do exercício cada vez mais amplo do autorregramento da vontade no processo, com a superação da ideia tradicional segundo a qual o exercício da jurisdição e a autonomia privada seriam irreconciliáveis¹²⁷⁰.

Argumenta essa corrente que, com os negócios jurídicos processuais atípicos, houve a alteração da lógica procedimental, com a consequente preponderância da vontade das partes que não mais se restringe ao que a lei

expressamente determina, mas permite que elas atuem de forma contundente, exercendo influência no procedimento e assim permitindo que o processo se torne adaptável às suas necessidades.

De acordo com Gustavo Fávero Vaughn, Renato Caldeira Grava Brazil e Giovani dos Santos Ravagnani, os negócios jurídicos processuais atribuem autonomia para que o processo se torne adaptável aos objetivos que as partes pretendem alcançar e às suas necessidades não apenas para fazer valer suas prerrogativas processuais, mas também para renunciar a elas, além de delinear as regras procedimentais¹²⁷¹. Os autores defendem que se deve deixar de lado a ideia de que a vontade das partes não pode ser manifestada no processo, bem como o mito de que as partes não têm qualquer influência nos rumos do procedimento¹²⁷². Para os autores, as partes atuam no processo não mais como simples impulsionadoras iniciais ou meras observadoras sem capacidade de

ista_advogado/paginaveis/126/46/. Acesso em: 25 jan. 2024.

¹²⁶⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 166.

¹²⁷⁰ PEREZ, Adriana Hahn. *Negócios jurídicos processuais: convenções processuais e calendário no CPC/2015*. 2017. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 44.

¹²⁷¹ VAUGHN, Gustavo Favero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ed. RT, v. 107, n. 989, p. 377-404, mar. 2018, p. 382.

Disponível em:

https://www.academia.edu/36623864/AS_CONVEN%C3%87%C3%95ES_PROCESSUAIS_VISTA_S_COMO_UM_POSS%C3%8DVEL_LIMITE_AOS_PODERES_INSTRUT%C3%93RIOS_DO_JUIZ

Acesso em 25 jan. 2024.

¹²⁷² VAUGHN, Gustavo Favero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ed. RT, v. 107, n. 989, p. 377-404, mar. 2018, p. 382.

Disponível em:

https://www.academia.edu/36623864/AS_CONVEN%C3%87%C3%95ES_PROCESSUAIS_VISTA_S_COMO_UM_POSS%C3%8DVEL_LIMITE_AOS_PODERES_INSTRUT%C3%93RIOS_DO_JUIZ

Acesso em: 25 jan. 2024.

interferência no procedimento, mas de forma contundente no processo no mesmo patamar do julgador¹²⁷³.

Segundo Flávio Luiz Yarshell, após a inserção da cláusula geral de negociação processual, a lógica procedimental ter-se-ia alterado; se antes a vontade das partes era restrita de maneira substancial àquilo que a lei expressamente determinasse, agora tudo aquilo que não estiver implícita ou explicitamente proibido pela legislação pode ser objeto de negociação entre os litigantes¹²⁷⁴.

Outro argumento apontado como o corolário da amplitude da cláusula geral negociação processual é a constatação de que também os direitos fundamentais podem ser objeto de convenção.

Para Antonio do Passo Cabral, a renúncia ou a disponibilidade de um direito estaria relacionada com a maneira como as pessoas exercem sua liberdade¹²⁷⁵. Assim, não se deveria presumir que, quando se garantem direitos, mesmo os fundamentais, as pessoas estariam obrigadas a exercê-los, de modo que, em situações

jurídicas favoráveis, os indivíduos teriam a liberdade de escolher renunciar a elas ou simplesmente não as utilizar, optando por uma postura de passividade.

Murilo Teixeira Rainho e Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya argumentam que, se as partes cotidianamente renunciam aos seus direitos fundamentais, mesmo àqueles previstos constitucionalmente, não haveria impedimento para que essas renúncias também viessem a se operar dentro do processo¹²⁷⁶. Se assim não fosse, não poderiam ser consideradas como válidas, por exemplo, a convenção de arbitragem, por violar o acesso à justiça, ou a cláusula de eleição de foro, por ser atentatória ao princípio do juiz natural. Logo, não há obstáculo para a negociação processual de um direito fundamental, desde que atendidos os três planos para a sua concretização: existência, validade e eficácia.

Parcela doutrinária admite que as negociações processuais podem ter por objeto os poderes instrutórios do magistrado, que são subsidiários em

¹²⁷³ VAUGHN, Gustavo Favero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ed. RT, v. 107, n. 989, p. 377-404, mar. 2018, p. 382. Disponível em: https://www.academia.edu/36623864/AS_CONVEN%C3%87%C3%95ES_PROCESSUAIS_VISTAS_COMO_UM_POSS%C3%8DVEL_LIMITE_AOS_PODERES_INSTRUT%C3%93RIOS_DO_JUIZ. Acesso em: 25 jan. 2024.

¹²⁷⁴ YARSHELL, Flávio Luis. Convenções das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique

Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 80.

¹²⁷⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023. p. 217.

¹²⁷⁶ RAINHO, Murilo Teixeira; ALFAYA, Natalia Maria Ventura da Silva. Breves reflexões sobre a intervenção do Estado em negócios jurídicos processuais no século XXI. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, Londrina, v. 5, n. 2, e005, p. 1-16, ago./dez. 2020. Disponível em: <http://revistadoidcc.com.br/index.php/revista/article/view/82/81>. Acesso em: 25 jan. 2024.

relação ao poder negocial das partes. Caso as provas produzidas não sejam suficientes para formar o convencimento do julgador, ainda assim o magistrado deve decidir com base no que foi acordado entre as partes, pois elas assumiram o risco ao limitarem as provas a serem apresentadas no litígio.

De acordo com Gustavo Fávero Vaughn, Renato Caldeira Grava Brazil e Giovani dos Santos Ravagnani, o juiz deve sujeitar-se à pactuação sobre provas feita entre as partes, devendo limitar-se a seguir rigorosamente o que foi acordado entre elas, ficando impedido de limitar seu conteúdo sob o argumento de que afeta seus poderes instrutórios¹²⁷⁷. Os autores admitem que o papel do juiz é simplesmente aprovar as convenções processuais firmadas pelos litigantes, sem fazer qualquer juízo de valor sobre o que as partes acordaram. E isso não implica prejuízo, pois permite que as partes adaptem o

procedimento ao caso da melhor maneira possível¹²⁷⁸. Portanto, o juiz estaria restrito a tomar decisões com base nas provas apresentadas em conformidade com o acordo processual estabelecido pelas partes. Logo, se o magistrado considerar que as provas produzidas não são suficientes para formar o seu convencimento, ele deve decidir com base no ônus probatório em vez de exigir a produção de outros meios de prova que não foram acordados pelas partes – risco que as partes assumiram ao concordarem em limitar as provas a serem apresentadas no litígio¹²⁷⁹.

No mesmo sentido, Marco Félix Jobim e Bruna Bessa de Medeiros observam que a modificação da sistemática processual teria ocasionado um esvaziamento dos poderes do juiz, pois a nova legislação optou por criar mecanismos que conferem maior liberdade às partes na tomada de decisões dentro do processo¹²⁸⁰. Os

¹²⁷⁷ VAUGHN, Gustavo Favero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ed. RT, v. 107, n. 989, p. 377-404, mar. 2018, p. 384. Disponível em: https://www.academia.edu/36623864/AS_CONVEN%C3%87%C3%95ES_PROCESSUAIS_VISTAS_COMO_UM_POSS%C3%8DVEL_LIMITE_AOS_PODERES_INSTRUT%C3%93RIOS_DO_JUIZ Acesso em 25 jan. 2024.

¹²⁷⁸ VAUGHN, Gustavo Favero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ed. RT, v. 107, n. 989, p. 377-404, mar. 2018, p. 384. Disponível em: https://www.academia.edu/36623864/AS_CONVEN%C3%87%C3%95ES_PROCESSUAIS_VISTAS_COMO_UM_POSS%C3%8DVEL_LIMITE_AOS_PODERES_INSTRUT%C3%93RIOS_DO_JUIZ Acesso em 25 jan. 2024.

S_COMO_UM_POSS%C3%8DVEL_LIMITE_AOS_PODERES_INSTRUT%C3%93RIOS_DO_JUIZ Acesso em 25 jan. 2024.

¹²⁷⁹ VAUGHN, Gustavo Favero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ed. RT, v. 107, n. 989, p. 377-404, mar. 2018, p. 385. Disponível em: https://www.academia.edu/36623864/AS_CONVEN%C3%87%C3%95ES_PROCESSUAIS_VISTAS_COMO_UM_POSS%C3%8DVEL_LIMITE_AOS_PODERES_INSTRUT%C3%93RIOS_DO_JUIZ Acesso em 25 jan. 2024.

¹²⁸⁰ JOBIM, Marco Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, jan./abr. 2017, p. 329. Disponível em: <https://www.e->

autores defendem que uma decisão que não respeita a vontade das partes não poderia ser considerada como justa, não se podendo impedir as partes de restringir os meios de prova, já que são elas as maiores interessadas na sua produção ¹²⁸¹. Afirmam que, caso as partes tenham decidido, por um acordo processual, deixar de produzir certa prova, o juiz não pode determinar de ofício a produção, porquanto os poderes instrutórios do juiz seriam subsidiários em relação ao poder negocial das partes ¹²⁸². Logo, os poderes do juiz estariam sujeitos à atuação das partes, o que pode fazer com que o acordo processual tenha o condão de limitar ou de impedir a atividade do julgador ¹²⁸³.

Na mesma linha ainda, segundo Sandoval Alves da Silva, Rodrigo Lins Lima Oliveira e João Renato Rodrigues Siqueira, não seria cabível ao magistrado exercer um juízo de

conveniência acerca da negociação processual celebrada entre as partes; o papel do juiz seria apenas o de esclarecer os sujeitos acerca das vantagens e desvantagens da negociação, mas jamais efetivar controle sobre elas, ressalvadas as hipóteses de controle próprias do artigo 190 do CPC ¹²⁸⁴.

Em sentido contrário, há outra corrente doutrinária defende que a negociação jurídica processual não representa o abandono do caráter publicista do processo, não configurando, portanto, o retorno ao privatismo processual.

Nesse sentido, para Behlúa Ina Amaral Maffessoni, o CPC de 2015 prevê uma participação mais ativa das partes no processo, mas isso não significa o rompimento com o modelo publicista de processo ¹²⁸⁵. O novo modelo processual visa possibilitar que a tutela dos direitos

publicacoes.uerj.br/redp/article/view/28493/20282. Acesso em: 25 jan. 2024.

¹²⁸¹ JOBIM, Marco Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, jan./abr. 2017, p. 336. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/28493/20282>. Acesso em: 25 jan. 2024.

¹²⁸² JOBIM, Marco Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, jan./abr. 2017, p. 338. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/28493/20282>. Acesso em 25 jan. 2024.

¹²⁸³ JOBIM, Marco Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro,

ano 11, v. 18, n. 1, jan./abr. 2017, p. 339. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/28493/20282>. Acesso em: 25 jan. 2024.

¹²⁸⁴ SILVA, Sandoval Alves da; OLIVEIRA, Rodrigo Lins Lima; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. Negócio jurídico processual e a persecução da verdade. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, ano 18, n. 105, nov./dez. 2021, p. 83.

¹²⁸⁵ MAFFESSONI, Behlúa Ina Amaral. *Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz*. 2020. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020, p. 30-31. Disponível em <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/33477/1/Conven%C3%A7oes%20processuais%20em%20mat%C3%A9ria%20probat%C3%B3ria%20e%20poderes%20instrut%C3%B3rios%20do%20juiz.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2024.

se torne mais democrática e participativa e que a expressão da vontade das partes também seja levada em consideração, mas não de maneira irrestrita. O novo modelo visa equilibrar o interesse público com o das partes, promovendo um remodelamento – mas não a superação – do caráter estatista do processo, sem retornar ao privatismo do período romano.

A manutenção do caráter publicista do processo, dizem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, pode ser evidenciada por meio da própria finalidade da jurisdição no Estado constitucional, a qual é caracterizada pelo dever imposto ao Estado de garantir a tutela dos direitos¹²⁸⁶. Essa missão de tutelar os direitos, de que está incumbido o Estado democrático de direito, deve ser concretizada por intermédio de normas, por atividades de fato realizadas pela administração ou pela atividade jurisdicional.

Tampouco, segundo tal corrente, o princípio do autorregramento da vontade das partes cria um ambiente de ampla liberdade para as partes, permitindo que o processo possa ser adequado livremente às suas vontades para atingir uma decisão justa.

Afirmam Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* que o processo é o

instrumento vocacionado para a concretização dos interesses juridicamente tutelados, sendo formado por diversas normas processuais, as quais a doutrina costuma distinguir entre normas processuais cogentes e dispositivas¹²⁸⁷. As normas processuais cogentes são aquelas que necessariamente terão incidência no caso concreto, independentemente da vontade dos jurisdicionados, os quais não possuem o poder de afastar essa incidência. As normas dispositivas, por seu turno, são aquelas cuja incidência no processo pode ser afastada pela vontade manifestada pelas partes em sentido contrário.

Desse modo, não se pode afirmar que nos negócios jurídicos processuais prepondera a vontade das partes, permitindo-se que elas atuem de forma contundente, tornando o processo adaptável às suas necessidades. Conforme afirma Humberto Theodoro Junior, as normas cogentes representam os elementos basilares na estrutura processual e não podem ser objeto de negociação por constituírem o núcleo do sistema processual¹²⁸⁸. A inobservância dessas normas implicaria o esvaziamento da atividade jurisdicional, fazendo do processo a mera expressão da vontade das partes. Correr-se-ia assim o risco de desvirtuar

¹²⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 1, p. 532. *E-book*.

¹²⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao*

Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 161-162. *E-book*.

¹²⁸⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 59. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1, p. 521. *E-book*.

a sua finalidade, tornando-o um instrumento de violação e não de concretização de direitos, o que é inadmissível.

Ainda que se possa admitir a possibilidade de negociação sobre direitos fundamentais, deve-se sopesar as demais garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal, uma vez que a autonomia da vontade não pode ser interpretada isoladamente.

Mesmo aqueles que defendem uma ampla margem para negociações processuais atípicas, admitindo a possibilidade de negociação até mesmo sobre direitos fundamentais, reconhecem que a autonomia conferida às partes litigantes deve ser compatível com as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal¹²⁸⁹. Por conseguinte, princípios como acesso à justiça, boa-fé, contraditório, juiz natural e outros devem sempre ter sua observância resguardada, por se tratar de garantias mínimas para que se tenha um processo justo como apregoa a Constituição¹²⁹⁰, o que, em certa medida, significa que a autonomia conferida às partes litigantes não é absoluta.

A autonomia da vontade não pode ser interpretada isoladamente, devendo sofrer limitações, sobretudo quando essas restrições se prestarem a

garantir a efetivação de um direito fundamental ou um interesse coletivamente considerado que transcenda aos interesses estritamente particulares dos litigantes, sobre o qual a vontade deles não pode incidir por dizer respeito não apenas a eles, mas a toda a coletividade, ou seja, a negociação não pode dispor sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais¹²⁹¹.

Sob a égide do constitucionalismo moderno, é inarredável a irradiação dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, o que se convencionou chamar eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais significa que as normas de direitos fundamentais impactam direta e juridicamente os atores privados¹²⁹². Tal incidência não é impedida pela ausência ou pela inadequação de regulamentação legal. Essa irradiação dos direitos fundamentais funciona como importante limitador do autorregramento da vontade das partes, não podendo o ato praticado por particulares violar os direitos fundamentais da ordem jurídica. Essa regra também deve ser observada quando da celebração de um negócio

¹²⁸⁹ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 414.

¹²⁹⁰ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 415.

¹²⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos*

fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 183-207.

¹²⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 132.

jurídico processual¹²⁹³.

Não se pode afastar, portanto, a incidência de tais regras no direito processual em razão do modelo constitucional de processo, do qual emergem os princípios constitucionais processuais. Assim, no atual cenário processual brasileiro, diz Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, há inegável influência de temas como a força normativa da Constituição, a normatividade dos princípios, o método hermenêutico de concreção e a consagração dos direitos fundamentais no âmbito do direito processual civil¹²⁹⁴.

Os direitos fundamentais são uma restrição rígida às negociações processuais, as quais devem ser analisadas sob a ótica das balizas traçadas pela Constituição como mecanismos de concretização do direito fundamental ao processo justo. Como afirma Paulo Mendes de Oliveira, os direitos fundamentais são os elementos norteadores que impõem limites e impactos à autonomia privada no âmbito do processo civil, sem que se despreze a natureza publicista da

ciência processual¹²⁹⁵.

Ao realizar o controle da validade dos negócios jurídicos processuais firmados entre as partes, o juiz deverá identificar se há alguma garantia constitucional do processo que possa ser afetada pelo negócio processual entabulado e, à luz do critério da proporcionalidade e da ponderação, deverá verificar qual dos princípios em jogo tem mais preponderância no caso concreto. A partir dessa identificação, o juiz deverá confirmar se a convenção das partes não está incorrendo em aniquilação ou anulação da garantia constitucional preponderante¹²⁹⁶.

Há de se considerar, ainda, que não é a mera manifestação de vontade das partes que faz com que o negócio jurídico processual produza seus efeitos, pois é o ordenamento jurídico que confere a tais negociações o potencial para produzir efeitos. Dessa forma, a formulação de uma negociação jurídica processual contrária ao ordenamento jurídico não pode ser considerada válida, mesmo que tenha sido observado o artigo 190 do CPC¹²⁹⁷.

¹²⁹³ DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n.249, nov. 2015, p. 164.

¹²⁹⁴ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais: existência, validade e eficácia: campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1, p. 317-318.

¹²⁹⁵ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro

Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1, p. 611-612.

¹²⁹⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 59. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 521. v. 1. E-book.

¹²⁹⁷ LIMA, Hercília Maria Fonseca. *Cláusula geral de negociação processual: um novo paradigma democrático no processo cooperativo*. 2016. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016, p. 90. Disponível em: https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4374/1/HERCILIA_MARIA_FONSECA_LIMA.pdf. Acesso em: 25 jan. 2024.

É importante salientar que, para além dos critérios de validade estabelecidos no artigo 190 do CPC/2015, as negociações jurídicas processuais devem ter como um de seus marcos delimitadores a reserva legal, ou seja, essas negociações não podem ultrapassar os limites traçados pelo próprio ordenamento, devendo estar em conformidade com os direitos fundamentais, as normas de ordem pública e os poderes do julgador¹²⁹⁸.

Desse modo, a utilização do instituto deve ser feita de maneira equilibrada para que se possa tirar dele o máximo proveito. Por essa razão, o manejo dos negócios jurídicos processuais deve levar em consideração a busca da segurança, da efetividade e da celeridade no processo, mas também precisa levar em conta o dever de observância das normas processuais imperativas e, sobretudo, dos direitos processuais fundamentais¹²⁹⁹.

Além do mais, há de se considerar que, no atual estágio do processo civil, a autonomia da vontade está intimamente relacionada com a

licitude do objeto e as normas de ordem pública, as quais funcionam como limitadores do autorregramento da vontade das partes em litígio¹³⁰⁰. Desse modo, é indubitável que há critérios que determinam se o objeto de um negócio jurídico processual é lícito, e esses critérios incluem a necessidade de respeitar as garantias fundamentais do processo. Portanto, de acordo com esse ponto de vista, o objeto do negócio processual deve ser legal, levando em consideração os princípios e as garantias do processo, ou então o negócio poderá ser considerado inválido¹³⁰¹.

Por isso, não se pode admitir, por exemplo, a validade de negócios jurídicos processuais cujo objeto consista no afastamento de deveres processuais impostos de maneira imperativa às partes, como a previsão de que uma decisão judicial não precisará ser fundamentada ou a possibilidade de descumprimento de alguma determinação judicial pelas partes, sob pena de ser considerado ilícito o objeto da pactuação¹³⁰². Além disso, também

¹²⁹⁸ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.138-139.

¹²⁹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 161. *E-book*.

¹³⁰⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais: existência, validade e eficácia: campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique

(coord.). *Negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1, p. 318.

¹³⁰¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1, p. 75.

¹³⁰² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 161. *E-book*.

não se pode conceber como válido um negócio jurídico processual que se revele contrário à função jurisdicional de garantir a tutela justa e efetiva dos direitos, podendo o magistrado controlar a validade de tal pactuação¹³⁰³.

No mesmo sentido, Leonardo Carneiro da Cunha compreende que as negociações processuais devem respeitar os limites estabelecidos pelo legislador e não podem abranger questões reguladas por normas cogentes¹³⁰⁴. A lei, por exemplo, exige a observância das regras de competência absoluta, mas permite negociações dentro das normas de competência relativa. Isso significa que não é permitido firmar um acordo processual que altere a competência absoluta, por não estar inserida no âmbito da liberdade negocial das partes.

Por fim, quanto ao último argumento acerca da possibilidade de as negociações processuais terem por objeto os poderes instrutórios do magistrado, ele é refutado porque o julgador exerce funções que estão intimamente relacionadas ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sobre as quais não é dado às partes o poder de dispor. Logo, a liberdade negocial conferida às partes

encontra limites nos poderes do magistrado.

Conforme diz Humberto Theodoro Junior, a liberdade negocial conferida às partes, além dos direitos fundamentais e das normas de ordem pública, também encontra limites nos poderes do magistrado¹³⁰⁵. A possibilidade de as partes convencionarem sobre seus ônus, deveres e faculdades está limitada aos seus próprios poderes processuais, razão pela qual elas não podem dispor sobre os poderes conferidos ao juiz. Dessa forma, as partes não podem celebrar um negócio jurídico processual que vete a iniciativa do juiz para a produção de uma prova que seja imprescindível à formação do seu convencimento e ao julgamento da causa¹³⁰⁶.

Os negócios jurídicos processuais, portanto, estão sujeitos ao requisito negativo de não ser possível dispor sobre a situação jurídica do magistrado. Isso porque o juiz exerce funções no processo que estão intimamente relacionadas ao exercício da atividade jurisdicional e à garantia do devido processo legal, sobre as quais não é dado às partes o poder de dispor. Assim sendo, quando o negócio jurídico

¹³⁰³ AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. p. 426.

¹³⁰⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1, p. 75.

¹³⁰⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 59. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1, p. 519. E-book.

¹³⁰⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 59. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1, p. 519. E-book.

processual impuser uma restrição ou condicionante aos poderes do juiz, somente será validado se o juiz a ele aderir, pois o magistrado, nessas situações, atua não como mero homologador da vontade das partes, mas como partícipe da negociação processual realizada¹³⁰⁷.

No mesmo sentido, dizem Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* que as convenções processuais não podem ter por objeto a limitação dos poderes instrutórios do juiz, já que as partes não possuem a capacidade de negociar sobre poderes e deveres dos quais não são titulares¹³⁰⁸. Dessa maneira, os autores consideram que as partes estão impossibilitadas de negociar sobre provas, devido à sua falta de capacidade para dispor sobre as situações jurídicas próprias do juiz e os seus poderes instrutórios previstos no artigo 370 do CPC.

Vitor de Paula Ramos assevera que as partes não podem, por meio de uma negociação processual, restringir a cognição do juiz com a finalidade de

forçá-lo a não conhecer sobre uma determinada prova, visto que o processo não diz respeito apenas à resolução do conflito levado à apreciação do Judiciário pelas partes, mas também se destina a aplicar o direito e a garantir a pacificação social, o que revela que não houve a superação do publicismo¹³⁰⁹.

Luiz Guilherme Marinoni, por seu turno, ainda que admitindo que em situações excepcionais o julgador pode decidir com base em suas convicções e juízos de probabilidade, afirma que, sempre que os fatos puderem ser esclarecidos, o juiz precisa firmar sua convicção verdadeiramente, isto é, formar seu convencimento da verdade mediante provas idôneas acerca da ocorrência dos fatos a fim de prestar a tutela jurisdicional de modo devido¹³¹⁰. Logo, para o autor, o acordo processual que tenha por objeto a limitação da prova nega o direito fundamental à tutela jurisdicional fundada na convicção da verdade e não merece guarida¹³¹¹.

No mesmo sentido, de acordo

¹³⁰⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 59. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1, p. 520. *E-book*.

¹³⁰⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 162. *E-book*.

¹³⁰⁹ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 73.

¹³¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do

processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 44, n. 288, p. 127-153, fev. 2019, p. 133-134. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/75770/17/mod_resource/content/1/MARINONI%2C%20Luiz%20Guilherme.%20A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Processual%20sobre%20prova%20diante%20dos%20fins%20do%20Processo%20Civil.%20In%20Revista%20de%20Processo.%202019.%20p.%20127-153..pdf. Acesso em: 25 jan. 2024.

¹³¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 44, n. 288, p. 127-153, fev. 2019, p. 134. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/75770/17/mod_resource/content/1/MARINONI%2C%20Luiz%20Guilherme.%20A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Processual%20sobre%20prova%20diante%20dos%20fins%20do%20Processo%20Civil.%20In%20Revista%20de%20Processo.%202019.%20p.%20127-153..pdf.

com Sandoval Alves da Silva, Rodrigo Lins Lima Oliveira e João Renato Rodrigues Siqueira, o magistrado é obrigado a buscar a verdade, e não pode ter sua busca limitada por negócios jurídicos processuais, sobretudo porque, ao exercer a atividade jurisdicional, ele atua como substituto das partes em conflito¹³¹². Se houver uma cláusula que restrinja o alcance do acordo à verdade, ela deverá ser considerada ilícita quanto ao seu objeto, tornando o acordo nulo. Portanto, o magistrado deve verificar a validade do acordo nessas situações; caso contrário, uma das principais características da jurisdição, que é a substitutividade, estará prejudicada. Afirmam os autores que, embora o CPC reconheça o princípio da autonomia da vontade por meio da inserção da cláusula geral de negociação processual, ele não deve ser tratado da mesma forma que no âmbito das relações privadas, de maneira que é inviável que o juiz substitua as partes sem ter um entendimento adequado dos fatos em discussão, a fim de proferir uma decisão justa¹³¹³.

Igualmente, Fernando da

Fonseca Gajardoni *et al.* sustentam que os poderes do magistrado advêm da Constituição Federal e das normas legais e não da vontade das partes. Por conseguinte, admitir que as partes possam controlar de maneira integral a relação jurídica processual significaria o retorno ao privatismo processual e a renúncia a centenas de anos de desenvolvimento da ciência do direito processual como ramo do direito público, inaugurando uma etapa de pamprocessualismo, anarquia e libertinagem processual¹³¹⁴.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, as negociações jurídicas processuais, amparadas na autonomia da vontade e na cooperação, não dependem da homologação do órgão jurisdicional para que possam surtir os efeitos pretendidos pelos litigantes, pois, geralmente, esses efeitos são produzidos imediatamente¹³¹⁵. Porém, após a celebração do negócio jurídico processual, o juiz poderá realizar o controle da sua validade, a fim de verificar a sua conformidade com o sistema processual.

Em suma, no âmbito da

0Luiz%20Guilherme.%20A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Processual%20sobre%20prova%20diante%20dos%20fins%20do%20Processo%20Civil.%20In%20Revista%20de%20Processo.%202019.%20p.%20127-153..pdf. Acesso em: 25 jan. 2024.

¹³¹² SILVA, Sandoval Alves da; OLIVEIRA, Rodrigo Lins Lima; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. Negócio jurídico processual e a persecução da verdade. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, ano 18, n. 105, nov./dez. 2021, p. 85-86.

¹³¹³ SILVA, Sandoval Alves da; OLIVEIRA, Rodrigo Lins Lima; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues.

Negócio jurídico processual e a persecução da verdade. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, ano 18, n. 105, nov./dez. 2021, p. 85-86.

¹³¹⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos, OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Forense, 2015, p. 643.

¹³¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. em e-book baseada na 17. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 638.

negociação jurídica processual, deve-se levar em consideração o espaço em que ocorre a negociação. Além da jurisdição, existe a arbitragem e outros meios alternativos de solução de litígio, cabendo aos interessados livremente sua escolha. A jurisdição tem características inerentes a essa função pública estatal, em que preponderam as garantias constitucionais. Assim, o novo modelo de processo, com o advento do CPC de 2015, prevê uma participação mais ativa das partes no processo, mas isso não significa o rompimento com o modelo publicista de processo. Há um remodelamento do caráter estatista do processo, mas não seu retorno ao privatismo. A expressão da vontade das partes passa a ser mais participativa, mas não de maneira irrestrita que importe na superação do interesse privado sobre o público.

Nesse senso, a tutela dos direitos deve ser concretizada por intermédio de normas, por atividades de fato realizadas pela administração ou pela atividade jurisdicional. Logo, a cláusula geral de negociação não implica a preponderância da vontade das partes, tornando o processo adaptável às suas necessidades, mas encontra limites na atividade do julgador.

2.OS LIMITES DA NEGOCIAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL DIANTE DO CARÁTER PUBLICISTA DO PROCESSO: ANÁLISE DA POSIÇÃO DO STJ

O CPC de 2015 reconhece que a autonomia da vontade pode ser exercida por meio das negociações jurídicas processuais, mas isso não desnatura o caráter publicista do processo. A jurisdição continua sendo uma função pública do Estado, e o processo, o instrumento pelo qual o Estado presta a tutela jurisdicional. No novo modelo de processo cooperativo, a atividade jurisdicional realiza-se com a comparticipação do julgador e dos demais atores do processo. Há uma compatibilização entre os poderes do juiz e os das partes.

Como se afirmou acima, embora o novo paradigma relacionado à autonomia privada na seara processual civil objetive privilegiar a liberdade das partes, ele necessita ter como um de seus marcos limitadores os direitos fundamentais e levar em consideração o exercício da função jurisdicional pelo Poder Judiciário.

Ainda que as partes possam fazer modificações no procedimento ou pactuar sobre seus ônus, poderes, deveres e faculdades, o processo permanece atrelado ao interesse público próprio da atividade jurisdicional e da sua finalidade. A autonomia da vontade das partes no processo, garantida por meio dos negócios jurídicos processuais, não é óbice ao estabelecimento de limites e ao controle judicial da validade desses atos praticados¹³¹⁶.

Conforme afirma Eduardo Talamini, existem situações em que o

¹³¹⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.138-139.

acordo processual estabelecido entre as partes poderá impactar de maneira muito forte a atuação do julgador, podendo acarretar limitação ou mesmo inviabilizar por completo o exercício da jurisdição¹³¹⁷. Nessas circunstâncias, o juiz estará autorizado a avaliar essa negociação a fim de verificar se ela é viável, pois o julgador somente poderá vincular-se a uma determinada conduta decorrente de negociação processual entre as partes se lhe for permitido aferir se aquela pretensão é exequível¹³¹⁸.

O STJ tem firmado o entendimento de que o negócio jurídico processual, apesar de essencialmente constituído pelo autorregramento das vontades das partes, atua no exercício do múnus público da jurisdição, uma vez que as funções desempenhadas pelo juiz no processo são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sendo vedado às partes sobre elas dispor. Logo, embora não se sujeite a um juízo de conveniência pelo juiz, a modificação do procedimento convencionada entre as partes por meio do negócio jurídico é passível de limites, não podendo dispor sobre a situação jurídica do magistrado.

Nesse sentido, posicionou-se a quarta turma do STJ no julgamento do Recurso Especial n.º 1.810.444-SP¹³¹⁹,

decidindo que a liberdade negocial, como garantia constitucional, está condicionada ao respeito à dignidade humana e sujeita às limitações impostas pelo Estado democrático de direito, estruturado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e a Justiça.

Na espécie, a credora teve negado o seu pedido de penhora *online* antes da citação, na forma pactuada pelas partes em uma convenção pré-processual firmada em um contrato de promessa de compra e venda, no qual ficou avençado que, em caso de inadimplemento contratual, a credora estaria autorizada a obter liminarmente o bloqueio dos ativos financeiros da parte devedora, sem oitiva dessa parte e sem necessidade de oferecer qualquer garantia. O STJ manteve o entendimento pela negativa sob o argumento de que os negócios jurídicos não podem versar sobre poderes, deveres e faculdades do julgador, já que são intrínsecos à atividade jurisdicional, ao devido processo legal e estão atrelados ao caráter publicista inerente ao processo.

O Tribunal afirmou que os direitos fundamentais processuais, como expressão do modelo constitucional do processo, não podem ser objeto de negociação processual por não estarem

¹³¹⁷ TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Migalhas*, 21 out. 2015. Disponível em:

https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/2CCA2C38C91F32_Eduardo-umprocesso-pra-chamar.pdf. Acesso em: 25 jan. 2024.

¹³¹⁸ TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Migalhas*, 21 out. 2015. Disponível

em:

https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/2CCA2C38C91F32_Eduardo-umprocesso-pra-chamar.pdf. Acesso em: 25 jan. 2024.

¹³¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (4. Turma). Recurso Especial n.º 1.810.444-SP (2018/0337644-0). Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 23 fev. 2021. Publicação: *DJe*, 28 abr. 2021.

à disposição das partes, porque a sua proteção é revestida de inegável interesse público. Nesse sentido, decidiu que, todas as vezes que a negociação processual tiver por objeto a supressão do contraditório e isso acarretar o enfraquecimento da paridade de armas no processo, a pactuação firmada pelas partes deverá ser considerada inválida.

Assim, quando se deparar com a colisão entre um dos direitos integrantes da ordem jurídica justa – contraditório, igualdade, ampla defesa – e a expressão de vontade manifesta pelas partes, o juiz deve, por meio de um juízo de ponderação, promover o equilíbrio entre os valores colidentes, indicar o que deve preponderar no caso concreto e afastar a incidência da negociação contrária a ele.

No seu voto, o relator Luis Felipe Salomão ponderou que a transação teve

por objeto um ato cuja titularidade pertence ao órgão jurisdicional – o bloqueio de valores via Sisbajud, razão pela qual o negócio jurídico processual entabulado não poderia subsistir, pois existem premissas universais que não podem ser desconsideradas. Logo, quando o negócio jurídico processual disser respeito exclusivamente a faculdades e interesses das partes, a atuação do juiz limitar-se-á ao controle de sua legalidade nos exatos termos do artigo 190 do CPC. Contudo, se a avença celebrada implicar limitação de direitos fundamentais processuais ou estabelecer restrição ou condicionamento à atividade jurisdicional, o negócio jurídico somente estará apto a produzir seus efeitos após a aquiescência do magistrado¹³²⁰.

A decisão do STJ segue a linha do entendimento de parte doutrinária¹³²¹ segundo a qual os negócios jurídicos

¹³²⁰ No mesmo sentido, cf.: “[...] O acórdão recorrido encontra-se em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que negócio jurídico não subsiste por desrespeito à ordem jurídica [...]” (STJ (3. Turma). AgInt no AREsp n.º 2.325.012/SP. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 4 set. 2023. Publicação: *DJe*, 6 set. 2023); “[...] A interpretação acerca do objeto e da abrangência do negócio deve ser restritiva, de modo a não subtrair do Poder Judiciário o exame de questões relacionadas ao direito material ou processual que obviamente desbordem do objeto convencionado entre os litigantes, sob pena de ferir de morte o art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal e do art. 3.º, caput, do novo CPC. [...]” (STJ (3. Turma). REsp n.º 1.738.656/RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 3 dez. 2019. Publicação: *DJe*, 5 dez. 2019); “[...] A liberdade negocial deriva do princípio constitucional da liberdade individual e da livre iniciativa, fundamento da República, e, como toda garantia

constitucional, estará sempre condicionada ao respeito à dignidade humana e sujeita às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, estruturado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e a Justiça. [...]” (STJ (4. Turma). EDcl no REsp n.º 1.810.444-SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 13 dez. 2021. Publicação: *DJe*, 15 dez. 2021).

¹³²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 59. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1, p. 519-520. *E-book*; MÜLLER, Julio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica*. 2016. 414 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19591/2/Julio%20Guilherme%20M%c3%bculler.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2024, p. 151.

processuais não podem ter por objeto os poderes-deveres próprios do juiz, cuja esfera de titularidade pertence ao Estado, do qual o magistrado é agente. Sendo os deveres-poderes conferidos ao magistrado decorrentes da Constituição¹³²² e estando regulados pela legislação infraconstitucional, a modificação do procedimento pelas partes está sujeita a limitações¹³²³.

Nesse sentido, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.524.130-PR¹³²⁴, ficou assentado que o adiamento da audiência de julgamento é uma faculdade atribuída ao magistrado, cujo indeferimento não configura cerceamento de defesa. Na espécie, discutia-se a validade do pedido de adiamento da audiência, que culminou com a manutenção da realização da audiência na data previamente designada. A terceira Turma decidiu que a audiência pode ser adiada por

convenção das partes, pois se trata de um autêntico negócio jurídico processual e consagra um direito subjetivo dos litigantes, sendo prescindível a homologação judicial para sua eficácia. Contudo, é dever do magistrado controlar a validade do negócio jurídico processual, de ofício ou a pedido de uma das partes, avaliando os requisitos estabelecidos pela lei, cabendo ao juiz supervisionar os negócios processuais que interfiram inadequadamente nos seus próprios poderes e nos poderes das partes, especialmente quando isso resulta em uma quebra da boa-fé processual e do equilíbrio entre as partes envolvidas¹³²⁵.

Em suma, o STJ reconhece que o CPC/2015 estabeleceu uma cláusula geral de negociação processual pela qual as partes podem executar mudanças substanciais no procedimento, garantindo que as partes

¹³²² MÜLLER, Julio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica*. 2016. 414 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 151. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19591/2/Julio%20Guilherme%20M%c3%bcller.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2023.

¹³²³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 59. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1, p. 617.

¹³²⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (3. Turma). Recurso Especial n.º 1.524.130-PR (2015/0072597-4). Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 3 dez. 2019. Publicação: *DJe*, 6 dez. 2019. “Recurso especial. Processual civil. Adiamento da audiência de instrução e julgamento por acordo das partes. Negócio jurídico processual. Prescindibilidade da homologação judicial. Controle de existência e

de validade pelo poder judiciário. Necessidade. Peculiaridades do caso que afastam a nulidade. Parte que não comparece ao ato judicial. Dispensa da produção de provas. Possibilidade. Recurso Especial desprovido [...]” (STJ (3. Turma). Recurso Especial n.º 1.524.130-PR (2015/0072597-4). Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 3 dez. 2019. Publicação: *DJe*, 6 dez. 2019).

¹³²⁵ No mesmo sentido, cf.: “[...] 2. O indeferimento de pedido imotivado de adiamento da audiência de julgamento não configura cerceamento de defesa. 3. A correta exegese do art. 565 do CPC, como informam doutrina e jurisprudência, é no sentido de se dar preferência no julgamento do processo, não se tratando de direito ao adiamento, mas sim benefício, a ser concedido mediante o prudente alvedrio do juiz. [...]” (STJ (1. Turma). AgRg no REsp n.º 1.052.698-SC. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 12 maio 2009. Publicação: *DJe*, 3 jun. 2009).

tenham maior participação e contribuam para uma tutela jurisdicional justa, célere e efetiva. Contudo, as funções desempenhadas pelo juiz no processo são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sendo vedado às partes sobre elas dispor. Logo, a negociação firmada entre as partes não pode interferir nos poderes do julgador de modo a criar obstáculo ao exercício da atividade jurisdicional e, conseqüentemente, à tutela dos direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O CPC/2015 incorporou a ideia de autonomia da vontade das partes, mediante a inserção de uma cláusula aberta de negociação processual que permite às partes realizarem negociações jurídicas processuais para a promoção de modificações substanciais no procedimento, bem como em seus poderes, deveres e ônus.

Todavia, há uma polêmica doutrinária acerca dos limites dessa negociação.

Parte da doutrina defende uma autonomia quase irrestrita das partes para a celebração de negócios jurídicos processuais, inclusive sobre direitos fundamentais, matéria probatória e poderes instrutórios do julgador, admitindo que as partes possuem uma ampla margem para promover as negociações processuais, sendo residuais os poderes instrutórios do juiz, o que o impediria, por exemplo, de determinar de ofício a produção de uma prova caso as partes tenham pactuado de modo diverso.

Em outro polo, há os que sustentam que a autonomia privada não pode comprometer a natureza pública da jurisdição nem desrespeitar direitos fundamentais. Portanto, embora o artigo 190 do CPC tenha garantido uma maior participação das partes no processo, tal liberdade está sujeita a restrições, de modo que a autonomia da vontade não pode transpor os limites dos direitos fundamentais, das normas de ordem pública e dos poderes do julgador.

Entende-se que deve haver um equilíbrio entre a autonomia privada e a manutenção da ordem jurídica justa, com a necessidade de ponderação por parte do juiz diante de negociações que possam comprometer princípios fundamentais relacionados ao devido processo legal e à própria atuação jurisdicional.

A análise da jurisprudência do STJ evidencia a necessidade de se estabelecerem limites claros para a autonomia das partes no que concerne aos negócios jurídicos processuais. A linha de entendimento adotada pelo STJ revela uma crescente tendência do órgão para considerar que, em caso de colisão entre a autonomia das partes e os princípios constitucionais no âmbito dos negócios jurídicos processuais, deve-se dar primazia à justiça e à proteção dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais: existência, validade e eficácia: campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos

- processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. p. 299-324.
- AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. p. 411-434.
- BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 jan. 2024.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. p. 43-78.
- DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n.249, p. 141-172, nov. 2015.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos, OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo*: comentários ao CPC de 2015: parte geral. São Paulo: Forense, 2015.
- JOBIM, Marco Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, p. 325-345, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/28493/20282>. Acesso em: 25 jan. 2024.
- LIMA, Hercília Maria Fonseca. *Cláusula geral de negociação processual*: um novo paradigma democrático no processo cooperativo. 2016. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016. Disponível em: https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4374/1/HERCILIA_MARIA_FONSECA_LIMA.pdf. Acesso em: 25 jan. 2024.
- MAFFESSIONI, Behlúa Ina Amaral. *Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz*. 2020. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Disponível em

<https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/33477/1/Conven%C3%A7oes%20processuais%20em%20mat%C3%A9ria%20probat%C3%B3ria%20e%20poderes%20instrut%C3%B3rios%20do%20juiz.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 44, n. 288, p. 127-153, fev. 2019. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7577017/mod_resource/content/1/MARINONI%2C%20Luiz%20Guilherme.%20A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Processual%20sobre%20prova%20diante%20dos%20fins%20do%20Processo%20Civil.%20In%20Revista%20de%20Processo.%202019.%20p.%20127-153..pdf. Acesso em: 25 jan. 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 1. *E-book*.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. *Revista do Advogado: O novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 126, 2015, p. 49. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/126/46/. Acesso em: 25 jan. 2024.

MÜLLER, Julio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica*. 2016. 414 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19591/2/Julio%20Guilherme%20M%c3%bcller.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2024.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. em e-book baseada na 17. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 4. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 597-662.

PEREZ, Adriana Hahn. *Negócios jurídicos processuais: convenções processuais e calendário no CPC/2015*. 2017. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RAINHO, Murilo Teixeira; ALFAYA, Natalia Maria Ventura da Silva. Breves reflexões sobre a intervenção do Estado em negócios jurídicos processuais no século XXI. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, Londrina, v. 5, n. 2, e005, p. 1-16, ago./dez. 2020. Disponível em: <http://revistadoidcc.com.br/index>.

- php/revista/article/view/82/81.
Acesso em: 25 jan. 2024.
- RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 111-144.
- SILVA, Sandoval Alves da; OLIVEIRA, Rodrigo Lins Lima; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. Negócio jurídico processual e a persecução da verdade. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, ano 18, n. 105, p. 67-91, nov./dez. 2021.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (1. Turma). AgRg no REsp n.º 1.052.698-SC. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 12 maio 2009. Publicação: *DJe*, 3 jun. 2009.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (3. Turma). REsp n.º 1.738.656/RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 3 dez. 2019. Publicação: *DJe*, 5 dez. 2019.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (3. Turma). Recurso Especial n.º 1.524.130-PR (2015/0072597-4). Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 3 dez. 2019. Publicação: *DJe*, 6 dez. 2019.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (4. Turma). Recurso Especial n.º 1.810.444-SP (2018/0337644-0). Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 23 fev. 2021. Publicação: *DJe*, 28 abr. 2021.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (4. Turma). EDcl no REsp n.º 1.810.444-SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 13 dez. 2021. Publicação: *DJe*, 15 dez. 2021.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (3. Turma). AgInt no AREsp n.º 2.325.012/SP. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 4 set. 2023. Publicação: *DJe*, 6 set. 2023.
- TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Migalhas*, 21 out. 2015. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/2CCA2C38C91F32_Eduardo-umprocesso-pra-chamar.pdf. Acesso em: 25 jan. 2024.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 59. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. *E-book*.
- VAUGHN, Gustavo Favero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo:

Ed. RT, v. 107, n. 989, p. 377-404, mar. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/36623864/AS_CONVEN%C3%87%C3%95ES_PROCESSUAIS_VISTAS_COM_O_UM_POSS%C3%8DVEL_LIMITE_AOS_PODERES_INSTRUT%C3%93RIOS_DO_JUIZ Acesso em: 25 jan. 2024.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim;
CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins;
RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva;

MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

YARSHELL, Flávio Luis. Convenções das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 79-100.

VEGA GONZÁLEZ Y OTROS C. CHILE: COSA JUZGADA E IMPLEMENTACIÓN CONVENCIONAL.¹³²⁶

**VEGA GONZÁLEZ AND OTHERS V. CHILE: RES JUDICATA AND CONVENTIONAL
IMPLEMENTATION**

**VEGA GONZÁLEZ E OUTROS VS. CHILE: COISA JULGADA E IMPLEMENTAÇÃO
CONVENCIONAL**

Sebastián López Escarcena

Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. PhD de la Universidad de Edimburgo, Reino Unido; LLM, de la Universidad de Leiden, Países Bajos; Abogado de la República de Chile; LLB de la Pontificia Universidade Católica de Chile. E-mail: rlopeze@uc.cl. ORCID 0000-0002-0001-9989

Priscila Machado Martins

Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dr Iur de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile; Abogada de la República Federativa de Brasil; LLB de la Universidad del Norte de Paraná, Brasil. E-mail: priscila.machado@uc.cl. ORCID: 0000-0002-4121-0157

RESUMEN: El presente artículo se centra en el estudio de la cosa juzgada nacional e internacional, y la implementación convencional de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), por el Estado condenado. Con este objetivo, analizamos dos de las obligaciones ordenadas por este tribunal internacional en el caso *Vega González y otros c. Chile*: la revisión con control de convencionalidad de sentencias ejecutoriadas internas, por una parte; y la adecuación del derecho nacional a la decisión de la CorteIDH y de implementar su resolución con dicho control, hasta que no se proceda a tal reforma legal, por otra. De esta manera,

examinamos: cómo ha reaccionado Chile a la revisión de sentencias internas, cuando así lo ha ordenado la CorteIDH en otros casos en que dicho Estado ha sido parte en litigios ante esta; qué otras opciones de cumplimiento tienen los Estados condenados por este tribunal internacional en casos similares; y la aplicación del control de convencionalidad a las reparaciones que la CorteIDH ordenara en el caso *Vega González y otros c. Chile*, para lo cual indagamos en la distinción entre cosa juzgada internacional y control de convencionalidad que ha hecho esta en su jurisprudencia.

¹³²⁶ Artigo recebido em 07/04/2025 e aprovado em 22/04/2025.

PALABRAS CLAVE: cosa juzgada, control de convencionalidad, implementación convencional

ABSTRACT: This article is aimed at studying national and international *res judicata*, and the conventional implementation of the Inter-American Court of Human Rights' (IACtHR) judgments, by the condemned state. To this end, we analyse two of the obligations ordered by this international court, in the *Vega González and others v. Chile* case: the revision with control of conventionality of internal final judgments, on the one side; and the duty to adapt national law to the IACtHR's decision and to implement it applying such control, until the correspondent legal reform is enacted, on the other. Hence, we examine: how has Chile reacted to the revision of internal judgments, ordered by the IACtHR in other cases in which that state has appeared before it; other available options for states condemned by the IACtHR in similar cases; and the application of conventionality control to the reparations ordered by this international court in the *Vega González and others v. Chile* case, exploring the distinction between international *res judicata* and control of conventionality made by the IACtHR in its case-law.

KEYWORDS: *Res Judicata*, Conventionality Control, Conventional Implementation.

RESUMO: O presente artigo realiza um estudo da coisa julgada nacional e internacional, bem como da implementação convencional das

sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) por parte do Estado condenado. Com este objetivo, analisamos duas das obrigações determinadas pelo referido tribunal internacional no caso *Vega González e outros vs. Chile*: a revisão com controle de convencionalidade das sentenças transitadas em julgado no âmbito interno, por um lado; e a adequação do direito nacional à decisão da CorteIDH e a implementação de sua sentença com o mencionado controle, enquanto não seja realizada reforma legislativa a respeito, por outro. Desta forma, examinamos: como o Estado do Chile tem reagido à revisão de sentenças internas ordenadas pela CorteIDH em outros casos semelhantes; quais outras opções de cumprimento possuem os Estados condenados por este tribunal internacional em casos similares; e a aplicação do controle de convencionalidade às reparações determinadas pela CorteIDH no caso *Vega González e outros vs. Chile*, explorando a distinção entre coisa julgada internacional e controle de convencionalidade conforme estabelecido na jurisprudência da CorteIDH.

PALAVRAS-CHAVE: coisa julgada, controle de convencionalidade, implementação convencional.

INTRODUCCIÓN

La decisión judicial recaída en el caso *Vega González y otros c. Chile*, el 12 de marzo de 2024, es una de las últimas sentencias que la Corte

Interamericana de Derechos Humanos (CortelDH) ha dictado en contra de la República de Chile.¹³²⁷ En esta controversia, el tribunal internacional resolvió que el Estado demandado violó las garantías judiciales previstas en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, y la protección judicial que contempla el artículo 25 del mismo tratado, en relación con los artículos 3, 4, 5, 7, 1.1 y 2 de este acuerdo internacional, así como los artículos I.b y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.¹³²⁸ Estas violaciones se produjeron a raíz de la aplicación, por la Corte Suprema de dicho Estado, de la media prescripción que contempla el artículo 103 del Código Penal chileno, en procesos por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura cívico-militar que gobernó Chile entre 1973 y 1990. Esta prescripción, también conocida como gradual, fue aplicada por la Corte Suprema entre 2007 y 2010, reduciendo así significativamente las penas impuestas a los responsables de tales delitos.¹³²⁹

Este trabajo analiza dos de las obligaciones impuestas por la CortelDH en la decisión judicial con la que le puso término al caso *Vega González y otros c.*

Chile: la de revisar sentencias ejecutoriadas internas con control de convencionalidad, por un lado; y la de adecuar el derecho nacional a lo resuelto e implementar su decisión con dicho control, mientras no se haga efectiva tal reforma legal, por otro. Para este fin, nos centramos en el estudio de la cosa juzgada, tanto interna como internacional. Respecto a la primera, vemos cómo el Estado chileno ha reaccionado a la revisión de sentencias internas ordenadas por la CortelDH en los otros casos en que esta ha fallado en su contra, y qué alternativas de cumplimiento tendría un Estado condenado en situaciones como esta, que se ajusten al control de convencionalidad requerido por este tribunal internacional en su jurisprudencia. En cuando a la segunda, revisamos la aplicación de este control hecha por la CortelDH a las reparaciones ordenadas en este caso, examinando la distinción entre cosa juzgada internacional y control de convencionalidad efectuada en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman c. Uruguay*, a la que hiciera alusión el juez Humberto Sierra en el voto disidente que adjuntara a la

¹³²⁷ Con posterioridad a esta disputa, la Corte volvió a condenar a dicho Estado en tres oportunidades.

Ver en general CortelDH, Serie C No. 527, *Huicamán Paillama y otros c. Chile*, sentencia de 18 de junio de 2024; CortelDH, Serie C No. 538, *Galetovic Sapunar y otros c. Chile*, sentencia de 3 de octubre de 2024; y CortelDH, Serie C No. 547, *Adolescentes recluidos en centros de detención e internación provisoria del*

Servicio Nacional de Menores (SENAME) c. Chile, sentencia de 20 de noviembre de 2024.

¹³²⁸ Ver CortelDH, Serie C No. 519, *Vega González y otros c. Chile*, sentencia de 12 de marzo de 2024, §§ 1, 260-261, 271, 281 & 335.

El Estado chileno hizo un reconocimiento parcial de responsabilidad por los hechos del caso.

Ver *ibid.*, §§ 16-44 & 213-216.

¹³²⁹ Ver CortelDH, *Vega González...*, sentencia de 2024, §§ 108-199.

sentencia que la CortelDH dictara en el caso *Vega González y otros c. Chile*.

1. MEDIA PRESCRIPCIÓN

El instituto de la media prescripción o prescripción gradual está previsto en el artículo 103 del Código Penal chileno¹³³⁰, el cual establece:

Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los arts. 65, 66, 67 y 68, sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta. Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo.

Este instituto permite que, cuando hubiere transcurrido la mitad o más del tiempo previsto por la ley para extinguir la acción criminal o la pena, y sin que se hubiere completado el total

del cómputo, el juez considere al hecho como desprovisto de agravantes, y revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas, que disminuyen la pena que deberá ser aplicada al imputado. Según Francisco Parra, la media prescripción tiene su fundamento en “el hecho de que todo tipo de justificativo de la prescripción penal parece no producirse en un instante preciso, de un momento a otro, donde se pasa de una total necesidad de castigo a una total ausencia del mismo”.¹³³¹ Como indica el mismo autor, “[p]or el contrario, [...] el tiempo produce sus efectos en la necesidad de punición de forma paulatina, poco a poco, día a día a contar del hecho delictivo”.¹³³²

Entre 2007 y 2010, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Chile entendió que la media prescripción no era una prescripción propiamente tal, sino que era una atenuante especial de la pena, “cuyos fundamentos, en cuanto al transcurso del tiempo y, en consecuencias jurídicas”, como dijera Isabel González Ramírez, “son diversos”.¹³³³ Por esta razón, la Corte Suprema señaló en este período que, para los delitos de lesa humanidad, no opera la imprescriptibilidad. La doctrina

¹³³⁰ La expresión “prescripción gradual” fue utilizada por GARRIDO, Mario. *Derecho penal: parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 398; y también por CURY, Enrique. *Derecho penal: parte general*. Santiago: Ediciones UC, 2005, p. 804.

¹³³¹ PARRA NÚÑEZ, Francisco. “Los efectos de la media prescripción penal”. *Revista de Derecho (de la Universidad de Concepción)*, v. 87, n. 246, 2019, p. 256.

¹³³² Ibid.

¹³³³ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel, et al. “La media prescripción frente al delito de desaparición forzada de personas. ¿Incumplimiento de la normativa internacional en materia de crímenes de lesa humanidad?”. *Revista Direito GV*, v. 10, n. 1, p. 321-346.

Fue a partir del caso Juan Rivera Matus, que la Corte Suprema pasó a conceder el beneficio de la media prescripción a los responsables de delitos de lesa humanidad.

Ver en general Corte Suprema de Chile, Rol Nº 3.808-06, sentencia 30 de julio de 2007.

chilena criticó esta aproximación jurisprudencial, que fue calificada como contradictoria con la anterior postura del mismo tribunal, e incluso respecto de lo planteado en esta, puesto que los fallos que la componen describen a estos delitos como imprescriptibles y, en seguida, los declaran gradualmente prescritos por aplicación del artículo 103 del Código Penal.¹³³⁴ En 2008, por ejemplo, Humberto Nogueira advirtió:

*no es necesario recordar la gravedad de que el Estado pudiera ser condenado por violación de derechos humanos en virtud de actos jurisdiccionales de la Corte Suprema como ya ocurrió en el caso Almonacid, ya que ello reciente la calidad de las sentencias de dicha Corte y pone en entredicho su voluntad efectiva de cumplir de buena fe las obligaciones básicas de respeto y promoción de derechos humanos o fundamentales que imperativamente exige el artículo 5o Inciso 2o de la Constitución y que su propia jurisprudencia en forma uniforme determina.*¹³³⁵

Años más tarde, el Comité contra la Desaparición Forzada de las Naciones Unidas, en sus observaciones

finales al informe presentado por el Estado de Chile, de acuerdo al artículo 29 párrafo 1 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, señaló que este “nota con preocupación que la aplicación de figuras como la [...] la media prescripción (artículo 103 del Código Penal) [...] han provocado la imposición de condenas bajas o la interrupción de su ejecución respecto de algunos responsables de desapariciones forzadas perpetradas durante y con posterioridad a la dictadura, de modo que el ejercicio del poder punitivo del Estado parte no se adecua a la extrema gravedad del delito”.¹³³⁶ En el mismo sentido, en años recientes la Corte Suprema ha sido de la opinión que la aplicación de la prescripción gradual a los responsables de delitos de lesa humanidad es contraria a los principios generales del derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y por las sentencias de dicho tribunal, confirmados como tales por la Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada de manera unánime en 11 de diciembre de 1946, y actualmente recogidos en el texto del Estatuto de

¹³³⁴ Ver e.g. FERNÁNDEZ, Karinna. “Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar”. *Estudios Constitucionales*, v. 8, n. 1, 2010, p. 481.

¹³³⁵ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “Informe en derecho sobre precedentes jurisdiccionales en materia de media prescripción”. *Ius et Praxis*, v. 14, n. 2, 2008, p. 588.

¹³³⁶ Comité contra la Desaparición Forzada. Observaciones finales sobre informe presentado por Chile en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención en sus sesiones 279 y 280, celebradas el 9 y 10 de abril de 2019, y aprobadas en la sesión 290, celebrada el 17 de abril de 2019.

Roma de la Corte Penal Internacional y por la jurisprudencia de la CortelDH.¹³³⁷ Este mismo año agregó que aplicar la media prescripción al cómputo de la pena a los delitos de lesa humanidad: “afecta el principio de proporcionalidad de la pena, pues la gravedad de los hechos perpetrados con la intervención de los agentes del Estado, determina que la respuesta al autor de la transgresión debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó [...]”¹³³⁸.

Coincidentemente, en el caso *Vega González y otros c. Chile* la CortelDH indicó que “tal como está regulada la media prescripción, particularmente con los efectos que ha generado y con las características específicas de esta figura, su aplicación impacta el proceso de impartir justicia”.¹³³⁹ Asimismo, señaló que esta figura se encuentra regulada en el Código Penal chileno, siendo una situación particular y que no tiene paralelismos exactos con otros contextos regionales”.¹³⁴⁰ Por esto, la CortelDH concluyó que “en este caso específico, la norma permitió la reducción sustantiva de las penas y actuó como factor de impunidad, incompatible con las obligaciones del Estado de investigación y sanción de crímenes de lesa humanidad”.¹³⁴¹ Al

condenar al Estado de Chile a revisar los casos en que la Corte Suprema aplicó la media prescripción al cómputo de la pena, la sentencia que analizamos en este trabajo resulta de relevancia para la interpretación del principio de *res iudicata* que ha hecho la CortelDH en su jurisprudencia, en los aspectos que desarrollamos en las secciones que siguen.

2. COSA JUZGADA FRAUDULENTA

La CortelDH ha vinculado la cosa juzgada con el debido proceso, señalando que esta garantiza la estabilidad jurídica proveniente de las decisiones judiciales. Sin embargo, también ha dicho que la cosa juzgada no puede servir de obstáculo para el efectivo goce y protección de los derechos humanos. Como declarara el tribunal internacional en 2006, en su sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*: “El Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los

¹³³⁷ Ver Corte Suprema de Chile, Rol N° 10.234-2022, sentencia de 14 de noviembre de 2024, considerando 21°.

Ver también Corte Suprema de Chile, Rol N° 11.831-2022, sentencia de 30 de octubre de 2024, considerando 20°.

¹³³⁸ Corte Suprema, Rol N° 85.178-2020, sentencia de 19 de agosto de 2024, considerando 10°.

Ver BERNALES, Gerardo, “La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos”, *Ius et Praxis*, v. 13, n. 1, 2007, pp. 245-265.

¹³³⁹ CortelDH, *Vega González...*, sentencia de 2024, § 257.

¹³⁴⁰ Ibid.

¹³⁴¹ Ibid.

responsables”.¹³⁴² En su sentencia del caso *Órdenes Guerra y otros c. Chile*, de 2018, el tribunal agregó:

La Corte hace notar que las acciones civiles intentadas por las víctimas han sido objeto de decisiones que, hoy día, tienen carácter de cosa juzgada. En este sentido, es claro que el instituto de la cosa juzgada [sic] es un principio garantizador que debe ser respetado en un Estado de derecho. A la vez, no cabe duda que los hechos que originaron las referidas acciones civiles constituyen graves violaciones de derechos humanos, particularmente desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales de familiares de las víctimas calificadas como crímenes contra la humanidad. En ciertos casos, en que la violación a la Convención ha sido ocasionada por decisiones judiciales internas, la Corte ha dispuesto como medida de reparación, entre otras, que el Estado “deje sin efecto” tales decisiones. No obstante, es oportuno hacer notar que en este caso no ha sido alegado que se haya configurado algún supuesto en que los procesos internos, que han llegado a decisiones definitivas o con carácter de cosa

*juzgada, sean producto de la apariencia, el fraude o de una voluntad de perpetuar una situación de impunidad, supuestos que permitirían al Tribunal considerar la procedencia de disponer, excepcionalmente, que un Estado reabra tales procesos.*¹³⁴³

Unos años antes, en el caso *Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana*, la CortelDH había señalado que el principio de cosa juzgada solo garantiza la validez e intangibilidad de una sentencia cuando esta se ha dictado respetando el debido proceso. En esa oportunidad, la CortelDH concluyó que la investigación, el procedimiento y las resoluciones judiciales emitidas por los tribunales del Estado demandado no tuvieron como objetivo esclarecer los hechos, sino que lograr la absolución de los imputados, por lo que la cosa juzgada no podía ser sino “aparente”.¹³⁴⁴ Para entonces, el tribunal internacional ya había desarrollado su doctrina de la cosa juzgada fraudulenta. En virtud de esta, los procesos nacionales contaminados por vicios relacionados con la inobservancia del debido proceso, no pueden revestirse de la inmutabilidad que provee la cosa juzgada, y la irrevocabilidad de las

¹³⁴² CortelDH, Serie C No. 154, *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, § 151.

¹³⁴³ CortelDH, Serie C No. 372, *Órdenes Guerra y otros c. Chile*, sentencia de 29 de noviembre de 2018, § 113.

¹³⁴⁴ CortelDH, Serie C No. 251, *Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana*, sentencia de 24 de octubre de 2012, § 195.

El tribunal internacional además consideró que los funcionarios judiciales involucrados carecieron de la independencia e imparcialidad necesaria en el ejercicio de sus cargos.

Ver *ibid.*

sentencias no puede ser óbice para la administración de la justicia y la búsqueda de la punibilidad de los delitos de lesa humanidad. De acuerdo a la CortelDH, la obstrucción sistemática a la justicia y al debido proceso impiden juzgar y sancionar los autores de dichos delitos, promoviendo la impunidad.¹³⁴⁵ En el caso *Carpio Nicolle y otros c. Guatemala*, por ejemplo, la CortelDH estableció que “los tribunales de justicia actuaron sin independencia e imparcialidad, aplicando normas o disposiciones legales contrarias al debido proceso y omitiendo aplicar las que correspondían”.¹³⁴⁶ Por este motivo, llegó a la conclusión de que “hubo una obstrucción continua de las investigaciones por parte de agentes del Estado y de los llamados ‘grupos paralelos’ en el poder, así como una falta de diligencia en el desarrollo de las investigaciones, lo cual determinó la impunidad total”.¹³⁴⁷ Incluso en casos de justicia marcial o militar, como *Gutiérrez Soler c. Colombia*, la CortelDH ha aplicado su doctrina de la cosa juzgada fraudulenta.¹³⁴⁸

Como destacara el juez Antônio Cançado Trindade, en el voto razonado que adjuntara a la sentencia recaída en el caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, en esta la CortelDH definió los límites al principio de *res iudicata*, determinando que dicho instituto no es absoluto o incondicional, y que no debe ser aplicado a determinadas situaciones.¹³⁴⁹ En este sentido, la cosa juzgada no debiera operar cuando: i) el tribunal conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al acusado de una violación de derechos humanos o del derecho internacional, o tuvo la intención de evitar que el acusado asumiera su responsabilidad penal; ii) el proceso no fue tramitado de manera independiente o imparcial, conforme las reglas del debido proceso; o iii) no hubo una intención verdadera de someter al autor del delito a una verdadera acción de la justicia.¹³⁵⁰

Hasta el caso *Vega González y otros c. Chile*, la doctrina de la cosa juzgada fraudulenta siempre fue aplicada por la CortelDH a juicios que dejaban en la impunidad a los acusados de delitos de lesa humanidad. En este

¹³⁴⁵ Ver BÔAS, Regina Vera Villas; y MACHADO MARTINS, Priscila. “La efectividad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema jurídico chileno y el caso Omar Maldonado y otros vs Chile”, *Revista Jurídica (del Centro Universitario Curitiba)*, v. 2, n. 69, 2022, p. 686.

¹³⁴⁶ CortelDH, Serie C No. 117, *Carpio Nicolle y otros c. Guatemala*, sentencia de 22 de noviembre de 2004, § 131.

¹³⁴⁷ Ibid.

¹³⁴⁸ En este caso, el tribunal internacional concluyó que el proceso que lo motivó fue tramitado en forma célere ante la justicia marcial, sin considerar la querella interpuesta

por la persona afectada, y que la investigación disciplinaria fue archivada aplicando el principio del *non bis in idem*.

Ver en general CortelDH, Serie C No. 132, *Gutiérrez Soler c. Colombia*, sentencia de 12 de septiembre de 2005.

¹³⁴⁹ Ver juez Antônio Cançado Trindade de la CortelDH, Serie C No. 154, *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, voto razonado a la sentencia de 26 de septiembre de 2006, § 22.

Ver también CortelDH, *Almonacid Arellano...*, sentencia de 2006, §§ 144 & 150.

¹³⁵⁰ Ver PARRA. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana...”. 2012, p. 10.

caso, sin embargo, no se trató de la impunidad absoluta de los acusados, sino que se rebajaron las penas que correspondía aplicar a través de la media prescripción. Con esto, el caso *Vega González y otros c. Chile* vino a ampliar la noción de cosa juzgada fraudulenta, al incluir en este a aquellas sentencias que aplicaron beneficios al cómputo de la pena, transformándola en irrisoria o muy atenuada, equivaliendo en la práctica a una especie de impunidad. En los casos de cosa juzgada fraudulenta, la CortelDH ha ordenado a los Estados condenados que revisen la sentencia firme que dio lugar al juicio respectivo, provocando impunidades *de facto*, incompatibles con las obligaciones internacionales de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).¹³⁵¹ Esta revisión de la cosa juzgada interna implica su relativización, no siempre sobre una base normativa.

3. RELATIVIZACIÓN DEL RES JUDICATA

Hasta hace no mucho, prevalecía la tesis de la inmutabilidad absoluta de la cosa juzgada en la doctrina procesalista comparada, la cual consideraba aplicable este principio incluso a las sentencias injustas.¹³⁵² En la actualidad, la relativización de la cosa juzgada ha sido aceptada por dicha doctrina, siendo aplicada en diferentes foros, especialmente en las decisiones judiciales emanadas de ciertos tribunales internacionales, como la Corte Europea de Derechos Humanos.¹³⁵³ Relativizar la cosa juzgada significa establecer instrumentos de control del contenido de las sentencias firmes, para aquellos casos en que la eficacia preclusiva de estas pudiera afectar tratados de derechos humanos, permitiendo que en algunas situaciones se vuelva a discutir el fondo de lo decidido en estas.¹³⁵⁴ En Chile, existen ciertas hipótesis de relativización de la cosa juzgada, tanto en el Código de Procedimiento Civil, como en el Código Procesal Penal, que operan en casos excepcionales y taxativos, que corresponden de manera general a ofensas al debido proceso.¹³⁵⁵

¹³⁵¹ Respecto de Chile, ver e.g. CortelDH, *Almonacid Arellano...*, sentencia de 2006, § 154; y CortelDH, Serie C No. 279, *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) c. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014, § 270.

¹³⁵² Ver e.g. LIEBMAN, Enrico Tullio. “Voce Giudicato. Diritto processuale civile”. En *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Treccani, v. 15, 1989, p. 6.

¹³⁵³ Donde, desde el caso *Lucchini SpA.*, se viene relativizando la cosa juzgada.

Ver KREMER, Carsten. “Los límites de la cosa juzgada en el derecho de la Unión Europea”. *Revista de Derecho (de la Pontificia*

Universidad Católica de Valparaíso), n. 35, 2010, p. 214.

¹³⁵⁴ Ver LANDONI, Ángel. “La cosa juzgada: valor absoluto o relativo”. *Derecho PUCP*, n. 56, 2003, p. 360.

¹³⁵⁵ Ver e.g. Código Procesal Penal chileno, artículo 473.

En otros Estados latinoamericanos también se ha aceptado la relativización de la cosa juzgada. En Brasil, por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal ha admitido la posibilidad de reversión automática de las sentencias firmes, en casos de control de constitucionalidad.

Ver e.g. artículo 525, §12 y 15 del Código de Proceso Civil brasileño.

El recurso de revisión es la vía procesal adecuada para iniciar un proceso de examen de la regularidad en la formación de la cosa juzgada.¹³⁵⁶ Se trata de un instrumento jurídico de control de las decisiones judiciales de fondo firmes o ejecutoriadas, cuyas causales son conocidas como de relativización típicas, cuando han sido previamente establecidas por la ley. Sin perjuicio de esto, la cosa juzgada también puede ser relativizada atípicamente, cuando la CortelDH establece en sus sentencias la obligación de revisar casos fenecidos, y no hay norma jurídica interna que contemple esa posibilidad. Esta relativización atípica, no se limita al recurso de revisión, sino que incluye la

utilización de cualquier otro mecanismo que permita al juez no reconocer los efectos de la cosa juzgada, provenientes de un proceso anterior.¹³⁵⁷ Dado que estos medios atípicos no están previstos en la legislación, su determinación y utilización tienen como origen la interpretación hecha por el tribunal respectivo, fundamentada en que es insanable la incompatibilidad de la cosa juzgada con la constitución política del Estado correspondiente, o con la protección de los derechos humanos.¹³⁵⁸ Para quienes apoyan la relativización de la cosa juzgada, ninguna sentencia puede estar por encima de dichos derechos. De lo contrario, el juez ostentaría un poder que nadie más posee.¹³⁵⁹ La Corte

¹³⁵⁶ Ver UGARTE, Fernando. *El recurso de revisión*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 299-300.

Ver también UGARTE, Fernando. “Nulidad de sentencias firmes: hacia una relectura de la impugnación de la cosa juzgada”. *Revista Chilena de Derecho*, v. 51, n. 1, 2024, pp. 67-98.

¹³⁵⁷ A propósito de la cosa juzgada, Hans Friedhelm Gaul propuso un criterio para relativizar la cosa juzgada basado en la primacía del desarrollo del derecho sustantivo sobre la verdad material.

Ver en general GAUL, Hans Friedhelm. *Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe*. Bielefeld: Deutscher Heimat-Verl, 1956.

Al respecto, Johann Braun distinguió entre “errores de procedimiento” y “errores de resultado”.

Ver en general BRAUN, Johann. *Rechtskraft und Restitution*. Berlin: Duncker & Humblot, 1979.

¹³⁵⁸ Ver CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milán: Editorial Giuffrè, 1991, p. 280.

Ver también MARINONI, Luiz Guilherme. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*. Lima: Editorial Communitas, 2008, p. 116; y

ROSAS, Juan Antonio. “El impacto de la justicia internacional: el deber de justicia penal y la relativización de la cosa juzgada, especial referencia al caso peruano”. Disponible en: <<http://www.derechopenalonline.com>>.

¹³⁵⁹ Fredie Diddier y otros autores, en tanto, han destacado que el problema de la teoría de la relativización atípica de la cosa juzgada radica en el hecho de que posee un enunciado abierto, que permite el quebrantamiento de la seguridad jurídica en caso de injusticia, sin definir lo que es justo, y sin necesidad de recurrir a una norma jurídica que así lo disponga, quedando exclusivamente en manos de los tribunales determinar la procedencia de este instrumento, lo que es más propio de una concepción totalitaria del Estado, que a uno donde prevalece el derecho.

Ver DIDDIER JR., Fredie. *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Podivm, 2008, prólogo.

Ver también ARRUDA, Alvim. *Manual de direito procesual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 296.

Suprema chilena, por ejemplo, adoptó esta aproximación para hacer efectiva la sentencia que la CortelDH dictara en el caso *Norín Catrimán y otros c. Chile*.¹³⁶⁰

En el caso *Vega González c. Chile*, la CortelDH ordenó la revisión de casos en que se aplicó la media prescripción. Sin embargo, en las resoluciones dictadas por los tribunales chilenos en dichos casos los acusados no quedaron en la impunidad. Esta situación nos recuerda algunas de las dificultades que implica la ejecución de las sentencias de la CortelDH al interior de los Estados condenados. Por ejemplo, la eficacia de estas medidas, lo cual resulta indispensable para que la protección de los derechos humanos no sea meramente teórica, o ilusoria.¹³⁶¹ Esto, por cuanto el derecho internacional de los derechos humanos se ocupa de la efectividad material y concreta de estos derechos.¹³⁶² A este respecto, la jueza Nancy Hernández indicó algunos de los problemas que la implementación de esta decisión de la CortelDH iba a provocar en el Estado condenado, en su voto disidente a la sentencia del caso *Vega González c. Chile*:

La misma Corte ha señalado que no observó que las sentencias que componen este caso carezcan de motivación, ni que la Corte

Suprema careciera de justificación [...]. En ese sentido, no procedería la institución de la cosa juzgada fraudulenta. Por lo tanto, no sería aplicable la llamada “acción de revisión”, institución chilena que permitiría revisar y en su caso anular las sentencias.

*Buscar que el Estado de Chile cree, tramite e implemente el mecanismo descrito no es una medida de reparación idónea ni apropiada, atendiendo a los fines de las medidas de reparación. En efecto, la falta de una base normativa en el derecho chileno que permita anular sentencias pasadas bajo autoridad de cosa juzgada, genera mayores dificultades. En el supuesto que resulte posible aplicarse el mecanismo ad hoc, deberá contarse con el tiempo de tramitación de una causa penal con las debidas garantías para los acusados. Atendiendo a un plazo razonable, ello supondría varios años de tramitación de la causa.*¹³⁶³

Ejecutar las sentencias de un tribunal internacional es una responsabilidad del Estado, que debe cumplirse de manera plena y

¹³⁶⁰ Ver en general Corte Suprema, AD 1.386-2014, sentencia de 26 de abril de 2019.

¹³⁶¹ Ver SUDRE, Frédéric. “L’effectivité des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”. *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, v. 19, n. 76, 2008, p. 917.

¹³⁶² Ver MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. “L’effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme en France”. En Instituto de Derechos

del Hombre de los Abogados Europeos e Instituto de Derechos del Hombre del Colegio de Abogados de Burdeos (org). *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruselas: Bruylant, 2001, p. 137.

¹³⁶³ Jueza Nancy Hernández López de la CortelDH, Serie C No. 519, *Vega González y otros c. Chile*, voto disidente y parcialmente disidente a la sentencia de 12 de marzo de 2024, § 54.

concreta.¹³⁶⁴ Por tanto, no puede hacerse de tal forma que carezca de efectos prácticos. De este modo, la implementación de la sentencia recaída en el caso *Vega González c. Chile* se presenta como simbólica, “atendiendo los años transcurridos desde que ocurrieron los hechos y la edad de los sentenciados, anular las sentencias y reabrir procesos penales sin tener una fecha determinada en que se cerrarán los casos estaría muy lejos de ser reparador para las víctimas”, como señalara la jueza Hernández.¹³⁶⁵ A la fecha, Chile no contempla en su legislación un procedimiento de ejecución para las sentencias de tribunales internacionales. Puesto que al cumplir estas se hace efectiva la parte dispositiva de la sentencia correspondiente, transformando en realidad lo resuelto por el fallo, el hecho de carecer de un procedimiento interno que permita revisar las sentencias nacionales, cuando así lo disponga la CortelDH, deja a los tribunales chilenos ante la disyuntiva de optar o no por la relativización atípica de la cosa juzgada nacional.

Sin embargo, no es este el único aspecto a destacar de la sentencia dictada en el caso *Vega González c. Chile*, en relación a la cosa juzgada. El otro se vincula con la implementación convencional de esta decisión judicial, que pasamos a analizar a continuación.

4. TIPOS DE CONVENCIONALIDAD

La CortelDH mencionó dos veces el control de convencionalidad en su sentencia del caso *Vega González y otros c. Chile*. Primero, en la parte considerativa de su fallo, donde señaló a propósito de las garantías de no repetición:

Sin perjuicio de lo anterior, el Estado y sus órganos de administración de justicia en cumplimiento de esta sentencia no deberán aplicar la media prescripción en casos futuros que contemplen delitos de lesa humanidad y graves violaciones a derechos humanos [...]. En ese sentido, corresponde reiterar que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y juezas, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, sean estas de naturaleza constitucional o legal. Por tanto, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las magistraturas y órganos vinculados a la administración de

¹³⁶⁴ Ver MARCHADIER, Fabien. “L’exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme en matière civile”. *Revue Trimestrielle*

des Droits de l’Homme, v. 26, n. 104, 2015, p. 879.

¹³⁶⁵ Jueza Hernández López de la CortelDH, *Vega González y otros...*, voto de 2024, §§ 51 y 52.

*justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*¹³⁶⁶

La segunda mención al control de convencionalidad en este caso se encuentra en la parte resolutive de su sentencia, donde la CortelDH indicó:

*El Estado, dentro de un plazo razonable, deberá adecuar su ordenamiento jurídico interno a efectos de que la figura de la media prescripción o prescripción gradual de la pena no sea aplicable bajo ningún término a delitos de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos, y hasta que no se haga dicha modificación deberá aplicar control de convencionalidad [...].*¹³⁶⁷

Si bien ninguna de estas menciones es novedosa en la

jurisprudencia de la CortelDH¹³⁶⁸, su lectura plantea ciertas interrogantes sobre la relación entre la cosa juzgada internacional y el control de convencionalidad, que no encuentran respuesta en lo que ha dicho -a este respecto- el tribunal internacional, sus jueces o la doctrina interesada en el derecho interamericano, a la fecha. En esta materia, el *leading case* es *Gelman c. Uruguay*. Concretamente, la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, recaída en dicho caso el 20 de marzo de 2013. En esta, la CortelDH integró la cosa juzgada internacional al control de convencionalidad, en los siguientes términos para el Estado condenado por su sentencia:

De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia [sic] ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

¹³⁶⁶ CortelDH, *Vega González...*, sentencia de 2024, § 310.

Al respecto, el tribunal internacional citó: CortelDH, *Almonacid Arellano...*, sentencia de 2006, § 124; y CortelDH, Serie C No. 514, *Gutiérrez Navas y otros c. Honduras*, sentencia de 29 de noviembre de 2023, § 192.

¹³⁶⁷ CortelDH, *Vega González...*, sentencia de 2024, § 335.14.

¹³⁶⁸ En relación al deber de aplicar el control de convencionalidad, mientras no se adecúe el

derecho interno a la sentencia respectiva de la Corte, ver e.g. CortelDH, Serie C No. 260, *Mendoza y otros c. Argentina*, sentencia de 14 de mayo de 2013, § 332; CortelDH, Serie C No. 279, *Norín Catrimán y otros...*, sentencia de 2014, § 436; CortelDH, Serie C No. 415, *Olivares Muñoz y otros c. Venezuela*, sentencia de 10 de noviembre de 2020, § 173; y CortelDH, Serie C No. 441, *Manuela y otros c. El Salvador*, sentencia de 2 de noviembre de 2021, § 295.

En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. [...]

Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades

*públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”.*¹³⁶⁹

En la misma resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, la CortelDH agregó:

Sin perjuicio de lo anterior, y de conformidad con lo señalado anteriormente en cuanto a la primera manifestación del control de convencionalidad cuando existe cosa juzgada internacional [...], este control también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia [sic] de la Corte Interamericana,

¹³⁶⁹ CortelDH, *Gelman c. Uruguay*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 20

de marzo de 2013, §§ 67-9. Ver *ibid.*, §§ 59-60 & 62.

*especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. Bajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.*¹³⁷⁰

Como puede apreciarse, la obligación que tienen los Estados condenados de cumplir las sentencias que este tribunal internacional dicta no solo provendrían de su cosa juzgada, sino que también se derivarían de un control de convencionalidad propiamente tal, que le daría una “distinta vinculación” a la “norma convencional aplicada”.¹³⁷¹ Cuál es esta “distinta vinculación” para los Estados condenados, no ha sido explicitado aún por la CorteIDH.¹³⁷² De esta manera, la obligación de efectuar el control de convencionalidad sería tan amplia para dichos Estados, que el efecto de cosa

juzgada de sus sentencias quedaría subsumido en esta. Siguiendo esta línea de pensamiento, se podría concluir que la relación existente entre el control de convencionalidad y la *res iudicata* es de género a especie, respecto de tales Estados. De este planteamiento surge inevitablemente más de una pregunta. La primera: ¿por qué no basta con el efecto de cosa juzgada que las sentencias de la CorteIDH producen para el Estado condenado, como ocurre en todo otro tribunal internacional? La segunda: incluir al principio de *res iudicata* en la noción de control de convencionalidad, ¿no lo hace redundante y, por tanto, innecesario para el Estado condenado por una sentencia de la CorteIDH? Para dar respuesta a estas interrogantes es indispensable examinar brevemente en qué consiste el control de convencionalidad, para después ver hasta dónde se extiende el efecto de cosa juzgada de las sentencias de la CorteIDH, conforme lo señalado por esta en su jurisprudencia.

El control de convencionalidad es el examen de conformidad o

¹³⁷⁰ Ibid., § 73.

¹³⁷¹ Ver *ibid.*, § 67.

¹³⁷² Sí lo hizo el juez Eduardo Ferrer MacGregor, en su voto razonado a la resolución de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman c. Uruguay*, pero únicamente respecto del control de convencionalidad que obliga a los otros Estados. Vale decir, los que no intervinieron en el proceso respectivo. Según indicó el juez mexicano en ese voto razonado, la cosa juzgada produciría una eficacia vinculante directa y subjetiva, completa y absoluta para el Estado condenado, en los términos del fallo, lo que incluiría tanto su parte resolutive como sus considerandos. En cuanto al

control de convencionalidad que obliga a los demás Estados parte de la CADH, en tanto, dicha eficacia se limitaría a la “norma convencional interpretada”. Esto es, no se extendería al fallo en su totalidad. Por esta razón, señaló Ferrer MacGregor, la eficacia de la *res interpretata* sería indirecta y subjetiva, limitada y relativa.

Ver juez Eduardo Ferrer MacGregor de la CorteIDH, *Gelman c. Uruguay*, voto razonado a la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de marzo de 2013, §§ 57, 67-9, 80, 83-84 & 91-94.

Ver *ibid.*, §§ 70-74, 81-82, 85-90 & 95-100.

compatibilidad que deben realizar tanto la CorteIDH como todo órgano de los Estados parte del Pacto de San José de Costa Rica, entre el ordenamiento jurídico interno respectivo y su aplicación por los órganos estatales correspondientes, por un lado, y la interpretación que dicho tribunal internacional le ha dado a la CADH y a los otros tratados del sistema interamericano que le confieren jurisdicción, en sus decisiones judiciales y opiniones consultivas, por otro.¹³⁷³ Como resultado del control de convencionalidad, este tribunal

internacional pasa a operar como una verdadera corte constitucional interamericana en materia de derechos humanos, que vela por la supremacía convencional, interpretando de manera obligatoria *erga omnes* dichos tratados. En otras palabras, para todos aquellos Estados que hayan reconocido su competencia, aunque no hayan sido partes en el litigio respectivo.¹³⁷⁴ Siendo una figura pretoriana, que no cuenta con una base convencional explícita en el Pacto de San José de Costa Rica, este control ha llamado la atención de la doctrina interamericana.¹³⁷⁵ Desde sus

¹³⁷³ Ver LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián, “La jerarquía normativa en Chile frente al control de convencionalidad”. En LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (org). *Temas de derecho internacional para el diálogo constitucional chileno*. Santiago: Ediciones UC, 2021, pp. 98-105.

Se ha publicado mucho sobre el control de convencionalidad, no solo en forma de artículos académicos o contribuciones a libros editados, sino que también hay como monografías al respecto. Solo en 2024, por ejemplo, se publicaron cuatro libros que tratan sobre el tema, con diferentes niveles de profundidad.

Ver COLOMBO, Ignacio. *La doctrina del control de convencionalidad en el sistema interamericano: fundamentos, alcances, problemas y soluciones*. Buenos Aires: La Ley/Thomson Reuters, 2024; QUISPE, Florabel. *El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos: una apuesta arriesgada y los problemas de efectividad en la práctica*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2024; SILVA ABBOTT, Max. *El control de convencionalidad y la transformación de los sistemas jurídicos interamericanos*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2024; y TELLO, Juan Alonso. *Control de convencionalidad y estado constitucional de derecho: consideraciones sobre la doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ciudad de México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2024.

Entre las monografías sobre el tema publicadas con anterioridad a 2024 ver e.g. QUINCHE, Manuel. *El control de convencionalidad*. Bogotá: Editorial Temis, 2014; HITTERS, Juan Carlos. *Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2015; IBÁÑEZ, Juana María. *Control de convencionalidad*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017; GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. *The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System*. Cambridge: Intersentia, 2018; y CHEN, María Cristina. *Teoría del control de convencionalidad: un cambio de paradigma*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2022.

¹³⁷⁴ Ver TELLO. *Control de convencionalidad...*, 2024, pp. 21-22.

¹³⁷⁵ Sobre el control de convencionalidad en la jurisprudencia de la CorteIDH ver BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “Conventionality Control: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)”. En WOLFRUM, Rüdiger (org). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: OUP, 2018, §§ 1 & 4-12.

Ver también NASH, Claudio. *Control de convencionalidad: de la dogmática a la implementación*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2013, pp.196-201; IBÁÑEZ. *Control de convencionalidad*, 2017, pp. 51-69; y TELLO.

inicios, esta se ha dividido entre quienes han abogado por el control de convencionalidad, y quienes lo han criticado, por las más diversas razones.¹³⁷⁶

Al constatar que varias de las disputas que han llegado a su conocimiento obedecen a que los tribunales nacionales no han aplicado las obligaciones internacionales contraídas por el Estado respectivo, la CorteIDH ideó una herramienta que permite a los Estados parte de la CADH

cumplir en el ámbito interno con el deber de garantía de los derechos humanos, por medio de la verificación de dicha conformidad o compatibilidad.¹³⁷⁷ Dichos Estados tienen la obligación de adaptar su derecho interno a los estándares convencionales, en virtud del principio de eficacia o *effet utile*.¹³⁷⁸ Esto se logra a través de este examen que, en muchos casos, hace que sea necesario modificar el aparato estatal correspondiente a fin de que el goce y

Control de convencionalidad..., 2024, pp. 23 & 35-63.

¹³⁷⁶ En su ineludible estudio sobre el control de convencionalidad, Laurence Burgorgue-Larsen agrupó a los autores que están a favor y en contra de este. Ella ha distinguido entre los entusiastas y los circunspectos, en el primer grupo, y entre las aproximaciones sociológicas, propiamente jurídicas y liberal-positivistas al tema, en el segundo.

Ver BURGORGUE-LARSEN. “Conventionality Control...”, 2018, §§ 43-65.

Este trabajo está disponible, con ciertas variaciones, en distintos idiomas.

Ver BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “Chronique d’une théorie en vogue en Amérique Latine. Décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité”. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, v. 100, 2014, pp. 831-863; y BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “Crónica de una teoría de moda en América Latina”. En HENRÍQUEZ, Miriam, y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (orgs.). *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: Ediciones DER, 2017.

Tal vez las críticas más recurrentes que se le han hecho al control de convencionalidad son su falta de claro apoyo en el texto de la CADH, o en sus trabajos preparatorios, y la subordinación en la que deja a los tribunales nacionales respecto de la CorteIDH.

Ver BURGORGUE-LARSEN. “Conventionality Control...”, 2018, § 60.

Entre los autores que postulan esto, Burgorgue-Larsen destacó a Ariel Dulitzky y Jorge Contesse. Ver en general DULITZKY, Ariel. “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”. *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, 2015, pp. 45-93; y CONTESSE, Jorge. “The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine”. *International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, 2017, pp. 1-24.

En los Estados que son parte del Pacto de San José de Costa Rica, la recepción del control de convencionalidad también ha oscilado entre aquellas jurisdicciones que lo han aceptado y las que lo han rechazado.

Ver BURGORGUE-LARSEN. “Conventionality Control...”, 2018, §§ 30-42.

¹³⁷⁷ Ver NASH. *Control de convencionalidad...*, 2013, pp. 190 & 192.

Ver también NASH, Claudio (org.). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: control de convencionalidad*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021, pp. 3 & 4-5.

Cf. IBÁÑEZ. *Control de convencionalidad*, 2017, pp. 51.

¹³⁷⁸ Ver BURGORGUE-LARSEN. “Conventionality Control...”, 2018, § 14.

Ver también *ibid.*, § 23.

ejercicio de los derechos humanos sea efectivo.¹³⁷⁹ De esta manera, el control de convencionalidad viene a complementar el efecto de cosa juzgada de las sentencias de la CorteIDH, dictadas en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, para los Estados que no fueron parte del litigio correspondiente. Sin embargo, según lo planteado por este tribunal internacional, en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia que dictara en el caso *Gelman c. Uruguay*, para el Estado condenado este control iría más allá, llegando incluso a reemplazar al principio de *res iudicata*, en los efectos que le son propios.

Como señaló la CorteIDH en dicha resolución, la cosa juzgada internacional no sería más que un tipo de control de convencionalidad, que tendría dos manifestaciones¹³⁸⁰: una *inter partes* y otra *erga omnes*¹³⁸¹. Según esta, el efecto *inter partes* es el que obliga a lo resuelto en una sentencia internacional que, como tal, produce cosa juzgada. Este provendría del artículo 67 de la CADH, que señala: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. [...]”.¹³⁸² El efecto vinculante de las sentencias de este tribunal internacional se derivaría, asimismo,

del artículo 68.1 del mismo tratado, que añade: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.¹³⁸³ Como señalara la CorteIDH en su resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman c. Uruguay*, es en virtud de la cosa juzgada que el Estado condenado tiene el deber de cumplir la sentencia respectiva.¹³⁸⁴ El segundo efecto de estas decisiones judiciales, se refiere al carácter obligatorio de la norma convencional interpretada para todos los Estados parte de la CADH, aunque no hubieran sido parte de la controversia respectiva. Es el efecto *erga omnes* de la *res interpretata*.¹³⁸⁵

Ambas manifestaciones del control de convencionalidad serían una consecuencia “de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal, actos soberanos que el Estado Parte realizó conforme sus procedimientos constitucionales”.¹³⁸⁶ No obstante, si la sentencia ya obliga al Estado condenado en virtud de su efecto *inter partes*, ¿por qué sumar un efecto *erga omnes* para dicho Estado, considerando que este debiera vincular a los otros Estados parte del Pacto de

¹³⁷⁹ Ver NASH. *Control de convencionalidad...*, 2013, p. 194; y NASH (org.). *Cuadernillo de jurisprudencia...*, 2021, p. 4.

¹³⁸⁰ Ver CorteIDH, *Gelman...*, resolución de supervisión de cumplimiento de 2013, § 67.

¹³⁸¹ Ver IBÁÑEZ. *Control de convencionalidad*, 2017, pp. 80-3, 87-9 & 129-34.

Ver también TELLO. *Control de convencionalidad...*, 2024, pp. 77-83.

¹³⁸² Ver CorteIDH, *Gelman...*, resolución de supervisión de cumplimiento de 2013, §§ 61 & 102.

¹³⁸³ Ver *ibid.*, §§ 61 & 102.

¹³⁸⁴ Ver *ibid.*, § 68.

Ver también *ibid.*, § 102.

¹³⁸⁵ Ver juez Ferrer MacGregor de la CorteIDH, *Gelman...*, voto de 2013, §§ 43-55.

Ver también *ibid.*, §§ 33, 91, 56 & 58-66.

¹³⁸⁶ CorteIDH, *Gelman...*, resolución de supervisión de cumplimiento de 2013, § 87.

San José de Costa Rica, que no tuvieron participación en el litigio respectivo?

5 COSA JUZGADA INTERNACIONAL

En derecho internacional, el principio de *res iudicata* se refiere a los efectos que producen ciertas decisiones judiciales, para las partes en el proceso respectivo.¹³⁸⁷ Su objetivo es ponerle un fin a la litigación por medio de una decisión judicial, que haga efectivo otro principio: el de *non bis in idem*.¹³⁸⁸ En virtud de la cosa juzgada, las sentencias o laudos que un tribunal internacional dicta son obligatorias para los litigantes, y son definitivas. Esto es, no admiten apelación alguna en contra.¹³⁸⁹ El principio de *res iudicata* tiene, por tanto, un efecto positivo y otro negativo. Conforme al primero, las sentencias o laudos vinculan a los litigantes y deben implementarse de buena fe. De acuerdo al segundo, el

asunto resuelto en estas decisiones judiciales no puede volver a ser litigado.¹³⁹⁰ Para producir estos efectos, se requiere que haya una identidad de partes o “*persona*” y de asunto (i.e., de objeto o “*petitum*”, y de fundamentos o “*causa petendi*” de la acción ejercida) entre el proceso terminado por una sentencia o laudo y el que se quiere relitigar.¹³⁹¹

En su resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman c. Uruguay*, la CorteIDH no pareció alejarse de la noción de cosa juzgada que puede encontrarse en la jurisprudencia de otros tribunales internacionales. La opinión disidente que Dionisio Anzilotti adjuntara a la interpretación de las sentencias N°s 7 y 8 de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), recaídas en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, contiene su enunciado clásico. Para el juez italiano, la cosa juzgada es un principio general del derecho¹³⁹², cuyos

¹³⁸⁷ Respecto a la cosa juzgada en la jurisprudencia internacional ver en general CHENG, Bin. *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*. Londres: Stevens & Sons Limited, 1953, pp. 336-356; y QUINTANA, Juan José. *Diccionario jurídico de la Corte Internacional de Justicia*. Bogotá: Editorial Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 440-452.

¹³⁸⁸ No dos veces por lo mismo, en su traducción literal al castellano.

Ver DODGE, William. “Res Judicata”. En WOLFRUM, Rüdiger (org). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: OUP, 2006, § 2; ROSENNE, Shabtai. *Interpretation, Revision and Other Recourse from International Judgments and Awards*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 44-45; KULICK, Andreas. “Article 60 ICJ Statute, Interpretation Proceedings, and the Competing Concepts of *Res Judicata*”. *Leiden Journal of*

International Law, v. 28, n. 1, 2015, pp. 79-80; XUE, Hanquin. *Jurisdiction of the International Court of Justice*. Leiden: Brill Nijhoff, 2017, p. 83; y QUINTANA. *Diccionario jurídico de la...*, 2021, pp. 442-443.

¹³⁸⁹ Ver XUE. *Jurisdiction of the...*, 2017, pp. 81-83 & 84; ROSENNE. *Interpretation, Revision and Other...*, 2007, pp. 44-45 & 46; y QUINTANA. *Diccionario jurídico de la...*, 2021, pp. 440-442.

¹³⁹⁰ Ver DODGE. “Res Judicata”, 2006, § 1.

Ver también CHENG. *General Principles of Law...*, 1953, pp. 336-339.

¹³⁹¹ Ver DODGE. “Res Judicata”, 2006, §§ 4, 5, 7 & 8; KULICK. “Article 60 ICJ Statute...”, 2015, p. 74. y XUE. *Jurisdiction of...*, 2017, p. 84.

Ver también CHENG. *General Principles of Law...*, 1953, pp. 339-347.

¹³⁹² Ver juez Dionisio Anzilotti de la CPJI, *Interpretación de las sentencias N°s 7 y 8 (Fábrica de Chorzów)*, opinión disidente a la

tres elementos de identificación (*persona*, *petitum* y *causa petendi*) estaban enumerados en el artículo 59 del Estatuto de la CPIJ.¹³⁹³ Según Anzilotti, las sentencias de la CPIJ eran vinculantes dentro de estos límites.¹³⁹⁴ Como explicó en esa oportunidad, la fuerza obligatoria de dichas sentencias residía en su parte dispositiva, y no en sus considerandos.¹³⁹⁵ Sin embargo, agregó, esto no quiere decir que la decisión de la CPIJ estuviera solo en lo dispositivo del fallo: “Por el contrario, casi siempre es necesario recurrir a los motivos para comprender bien lo dispositivo y sobre todo para determinar la *causa pretendi*. Pero, en todo caso, es lo dispositivo lo que contiene la decisión obligatoria de la Corte [...]”.¹³⁹⁶ Esta aproximación de Anzilotti al

principio de *res iudicata*, es la que ha prevalecido en la jurisprudencia posterior de otros tribunales internacionales.¹³⁹⁷

La CortelDH ha recogido la esencia de esta posición, sin citar a Dionisio Anzilotti o a la jurisprudencia de otros tribunales internacionales.¹³⁹⁸ En la mencionada resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman c. Uruguay*, este tribunal señaló: “[...] el razonamiento de la Corte es claramente parte integral de la Sentencia [sic], a lo cual el Estado concernido también queda obligado de dar pleno cumplimiento [...]”.¹³⁹⁹ Esto, por cuanto la parte resolutive de estas “se refiere expresa y directamente a la parte considerativa de las mismas [...]”.¹⁴⁰⁰ En

sentencia de 16 de diciembre de 1927, Serie A Nº 13, § 7.

Ver también CHENG. *General Principles of Law...*, 1953, p. 336; y QUINTANA. *Diccionario jurídico de la...*, 2021, pp. 440-441.

¹³⁹³ Que señalaba, como lo hace el actual artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), que la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

Ver juez Anzilotti de la CPIJ, *Interpretación de las sentencias...*, opinión disidente de 1927, Serie A Nº 13, § 1.

¹³⁹⁴ Ver *ibid.*, § 1.

¹³⁹⁵ Ver *ibid.*, § 1.

Ver también *ibid.* § 2.

¹³⁹⁶ *Ibid.*, § 2.

¹³⁹⁷ La CIJ, por ejemplo, ha señalado que la parte considerativa de sus sentencias son vinculantes en la medida que resulte inseparables de la parte dispositiva.

Ver CIJ, *Solicitud de interpretación de la sentencia de 11 de junio de 1998 en el asunto de la frontera terrestre y marítima (Nigeria c. Camerún)*, sentencia de 25 de marzo de 1999, § 10.

En cuanto a la extensión de la cosa juzgada en la jurisprudencia internacional ver e.g. BOWETT, Derek. “*Res Judicata* and the Limits of Rectification of Decisions by International Tribunals”. *African Journal of International and Comparative Law*, v. 8, 1996, pp. 577-579; DODGE. “*Res Judicata*”, 2006, §§ 11-12; XUE. *Jurisdiction of the...*, 2017, pp. 85-88; y QUINTANA. *Diccionario jurídico de la...*, 2021, pp. 444-448.

Ver también CHENG. *General Principles of Law...*, 1953, pp. 348-350.

Cf. KULICK. “Article 60 ICJ Statute...”, 2015, pp. 77-78, 80-81 § 82-86.

Ver *ibid.*, pp. 81-82.

¹³⁹⁸ Excepcionalmente, algunos jueces de la CortelDH han hecho referencia a la jurisprudencia que proviene de otros tribunales internacionales.

Ver e.g. juez Ferrer MacGregor de la CortelDH, *Gelman...*, voto de 2013, § 27.

¹³⁹⁹ CortelDH, *Gelman...*, resolución de supervisión de cumplimiento de 2013, § 62.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*, § 62.

seguida, añadió: “De lo contrario, sería incongruente que la parte resolutive o dispositiva de la sentencia sea obligatoria sin que se tome en consideración la motivación y el contexto en que fue dictada [...] máxime cuando se tiene presente que [...] el fallo constituye un todo o una unidad”.¹⁴⁰¹

Más adelante, la CortelDH insistió en este punto:

*La Sentencia [sic] no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su ratio decidendi. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la Sentencia [sic] refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento.*¹⁴⁰²

Hasta aquí, no hay nada nuevo en la forma que la CortelDH entiende la cosa juzgada. Sin embargo, al integrar el principio de *res iudicata* en la noción de control de convencionalidad, para los

Estados condenados en sus sentencias, este tribunal se apartaría de la línea seguida por la jurisprudencia internacional, transformando la cosa juzgada en una noción superflua, que ya estaría contenida en otro concepto más amplio que produce un efecto similar para dichos Estados, como sería el de control de convencionalidad. A pesar de esto, el mismo tribunal reiteró, a lo largo de la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman c. Uruguay*, que el efecto de *res iudicata* obliga a tales Estados a cumplir íntegramente la sentencia respectiva: esto es, no solo a lo resuelto en su parte dispositiva, sino que también a lo establecido en su parte considerativa.¹⁴⁰³ Si en virtud de la cosa juzgada las sentencias de la CortelDH son vinculantes en todas sus partes, y obligan a cada uno de los órganos estatales a cumplirla en su integridad, ¿qué sentido tendría exigirle a los Estados condenados que las implementen con control de convencionalidad?¹⁴⁰⁴ No es fácil contestar esta pregunta. ¿Será que, en un exceso de celo por asegurar el cumplimiento de sus sentencias, la CortelDH ha extendido a tal punto la noción de control de convencionalidad

¹⁴⁰¹ Ibid., § 62.

¹⁴⁰² Ibid., § 102.

Ver juez Ferrer MacGregor de la CortelDH, *Gelman...*, voto de 2013, §§ 34-36.

Ver *ibid.*, §§ 37-42.

¹⁴⁰³ Ver CortelDH, *Gelman...*, resolución de supervisión de cumplimiento de 2013, § 104.

Ver también *ibid.*, § 68.

¹⁴⁰⁴ Distinto sería el caso si la aplicación del control de convencionalidad exigida al Estado condenado se refiere a lo establecido en otras sentencias de la CortelDH. Vale decir, en

decisiones judiciales que le pusieron término a disputas donde ese Estado no fue parte. Ahí el control de convencionalidad operaría como generalmente es entendido por la doctrina, conforme a lo señalado por la CortelDH en su jurisprudencia sobre la materia.

Esto, sin embargo, no fue lo que se le exigió al Estado condenado en el caso *Vega González y otros c. Chile*.

Ver CortelDH, *Vega González...*, sentencia de 2024, § 335.14.

que ha terminado por desdibujar y vaciar de contenido a un bien asentado principio general del derecho, como es el de la cosa juzgada?

En el caso *Vega González y otros c. Chile*, el juez Humberto Sierra adjuntó un voto parcialmente disidente a esta parte de la sentencia, donde hizo referencia a la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, recaída en el caso *Gelman c. Uruguay*.¹⁴⁰⁵ En su voto, Sierra indicó estar de acuerdo con la CortelDH respecto a la necesidad de adecuar la regulación de la media prescripción en el derecho chileno, pero no con la reparación dictada por el tribunal internacional en este caso, pues “presenta un gran problema en la manera en que comprende el control de convencionalidad”.¹⁴⁰⁶ Como explicó el juez colombiano:

En la decisión mayoritaria expresada en la sentencia se utiliza la figura del control de convencionalidad de manera indistinta; no se diferencia entre el control de convencionalidad como deber del Estado y todos sus órganos y funcionarios de cumplir una sentencia condenatoria, del control de convencionalidad como deber de todos los funcionarios de “utilizar” los estándares contemplados en sentencias de condena de la Corte

*IDH a países diferentes a Chile. La ausencia de distinciones puede generar confusión y mengua en la eficacia de la sentencia por los distintos operadores jurídicos chilenos.*¹⁴⁰⁷

A continuación, Sierra agregó: *Tal como he expresado en votos anteriores, es necesario diferenciar la utilización de la figura del control de convencionalidad como (i) un mecanismo para hacer cumplir una sentencia por las autoridades judiciales de un país condenado, en este caso para lograr una interpretación y aplicación homogénea de la ley en el país condenado, como una especie de garantía de no repetición, a (ii) cuando es empleado como mecanismo de obligatoria utilización del derecho interamericano (de aplicación de estándares o líneas de interpretación de derechos humanos) junto con las fuentes internas de manera ex officio [sic] en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.*¹⁴⁰⁸

¹⁴⁰⁵ Ver juez Humberto Sierra Porto de la CortelDH, Serie C No. 519, *Vega González y otros c. Chile*, voto disidente y parcialmente disidente a la sentencia de 12 de marzo de 2024, §§ 50-52. El juez Sierra ya había citado a esta resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en su voto concurrente a otra decisión judicial de la CortelDH resuelta en contra de Chile.

Ver juez Humberto Sierra Porto de la CortelDH, Serie C No. 372, *Órdenes Guerra y otros c. Chile*, voto concurrente a la sentencia de 29 de noviembre de 2018, §§ 29-31.

¹⁴⁰⁶ Juez Sierra Porto de la CortelDH, *Vega González...* voto de marzo de 2024, §. 44.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, § 45.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, § 46.

Como puede apreciarse, Sierra coincidió con la CortelDH en que la cosa juzgada es un tipo de control de convencionalidad. Discrepó, en tanto, sobre los efectos que debieran producir uno y otro tipo:

El control de convencionalidad, entendido como la obligación de utilizar la Convención y la jurisprudencia por todos los operadores jurídicos es diferente, insisto, cuando se refiere a las obligaciones de los Estados condenados, que cuando se relaciona con las obligaciones que tienen todos los estados [sic] que aceptan la competencia contenciosa de la Corte interamericana [sic], que si bien no han sido condenados por una sentencia en concreto, tienen la obligación de utilizar sus estándares para resolver casos en donde existe una relación analógica con hechos o eventualmente también con normas jurídicas. Todo en el entendido que esta obligación no conlleva a alterar el régimen interno de competencias establecido en su sistema de fuentes. En el presente caso, estamos en el primer supuesto, esto es, las obligaciones que tiene un Estado y todos sus poderes, órganos y funcionarios de respetar y hacer efectiva una sentencia en

*la que han sido condenados internacionalmente.*¹⁴⁰⁹

La preocupación de Sierra fue que se volvieran a repetir los hechos descritos en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman c. Uruguay*.¹⁴¹⁰ Esto es, que los tribunales del Estado condenado utilicen el control de convencionalidad para dejar de cumplir la sentencia dictada por la CortelDH.¹⁴¹¹ Según Sierra, en virtud del efecto de cosa juzgada que tiene el control de convencionalidad, el deber del Estado en el caso *Vega González y otros c. Chile* no es otro que cumplir el fallo, sin cuestionamiento alguno. Para el Estado chileno, esto se traduciría en “no permitir plazo de prescripción ante las violaciones de derechos calificados como crímenes de lesa humanidad”.¹⁴¹² Esto quiere decir que todos los jueces de la República de Chile tienen el deber de aplicar este estándar, establecido en la sentencia de la CortelDH, “aún en el caso de que la Corte Suprema cambie su línea interpretativa”, y la obligación de impedir que la autonomía judicial propia del derecho chileno sirva de fundamento para inaplicar dicha sentencia.¹⁴¹³ De acuerdo a Sierra, en todas los casos donde el control de convencionalidad opere como cosa juzgada, como en *Vega González y otros c. Chile*, este debe entenderse como “un mecanismo para el cumplimiento de una sentencia concreta, una garantía

¹⁴⁰⁹ Ibid., § 49.

¹⁴¹⁰ Ibid., § 53.

Ver ibid., párrs. 52 & 54.

¹⁴¹¹ Ver juez Ferrer MacGregor de la CortelDH, *Gelman*..., voto de 2013, § 8 & 21.

Ver también ibid., §§ 3-4, 6-7, 9, 11-20

¹⁴¹² Juez Sierra Porto de la CortelDH, *Vega González*... voto de marzo de 2024, § 53.

¹⁴¹³ Ibid., § 54.

de no repetición, no un instrumento dialógico, de construcción compartida de decisiones dirigidas a la protección de derechos humanos”.¹⁴¹⁴

Sierra terminó su voto parcialmente disidente a esta parte de la sentencia de la CortelDH, con la declaración que sigue: “la ambigüedad conceptual y la utilización no diferenciada del concepto del control de convencionalidad, genera confusiones innecesarias y posibilidades de un cumplimiento deficiente de las decisiones de la Corte”.¹⁴¹⁵ Es imposible no coincidir con el juez colombiano en esto. Sin embargo, al insistir en que el principio de *res iudicata* no es más que un tipo de control de convencionalidad para el Estado condenado en una sentencia de la CortelDH, solo se oscurecen y difuminan ambos conceptos, dificultando su adecuada comprensión y correcta aplicación. Debe tenerse presente que la jurisdicción de la CortelDH, como la de todo otro tribunal internacional, tiene una base voluntaria. Esto es, ningún Estado está obligado a aceptar que un asunto sea resuelto por la CortelDH o por otro tribunal internacional, si no ha dado su consentimiento a la jurisdicción respectiva. Por esta razón, también la CortelDH se ve en la necesidad de persuadir a los Estados litigantes con su argumentación jurídica, a fin de evitar que una vez condenados opten por no cumplir la sentencia respectiva. Esto

explica por qué las decisiones judiciales de la CortelDH, como las de todo tribunal internacional, tienen que estar debidamente motivadas y razonadas. Recurriendo a la clásica distinción que hacían los romanos, la expectativa de cumplimiento de las sentencias de la CortelDH no puede descansar solo en su *potestas*, o poder socialmente reconocido. Esta debe ir necesariamente acompañada de su *auctoritas*, o saber socialmente aceptado.¹⁴¹⁶ Confundir el principio general del derecho de la *res iudicata* con la noción pretoriana y ampliamente discutida de control de convencionalidad¹⁴¹⁷, no va precisamente en ese sentido.

CONCLUSIÓN

El caso *Vega González c. Chile* permite analizar diferentes aspectos de interés relacionados con la cosa juzgada nacional e internacional, como son la prohibición de la media prescripción por la CortelDH, la revisión de sentencias internas firmes y ejecutoriadas que esta ordena, y el deber que impone a los Estados condenados de implementar convencionalmente sus sentencias. La prescripción gradual es un instituto propio del derecho criminal chileno, que establece una atenuante a la pena. Entre 2007 y 2010, la Corte Suprema de Justicia de Chile, modificando su jurisprudencia anterior, aplicó la media

¹⁴¹⁴ Ibid., § 55.

¹⁴¹⁵ Ibid.

¹⁴¹⁶ Sobre la distinción entre potestad y autoridad en Roma ver en general DOMINGO, Rafael. *Auctoritas*. Barcelona: Ariel, 1999; y DOMINGO,

Rafael. *Teoría de la “auctoritas”*. Pamplona: EUNSA, 1987.

¹⁴¹⁷ Para una visión crítica reciente ver e.g. SILVA ABBOTT. *El control de convencionalidad...*, 2024; y TELLO. *Control de convencionalidad...*, 2024.

prescripción a delitos de lesa humanidad. En el caso *Vega González c. Chile*, la CortelDH concluyó que esto permitió una reducción sustancial de las penas, favoreciendo la impunidad de los responsables de dichos delitos. Esta sentencia extendió la noción de cosa juzgada fraudulenta, que con este fallo pasó de abarcar únicamente casos de impunidad absoluta, a incluir también los de impunidad relativa, producto de la reducción de penas. De este modo, la CortelDH condenó al Estado de Chile a revisar los casos donde la prescripción gradual fue aplicada por la Corte Suprema a delitos de lesa humanidad. Dado que estos casos estaban fenecidos, esto implica una relativización atípica de la cosa juzgada. Esto, por cuanto el Estado chileno carece de mecanismos internos de ejecución de sentencias internacionales. Por este motivo, la Corte Suprema tendría que establecer discrecionalmente una forma de implementación jurisdiccional interna para revisar sentencias firmes y ejecutoriadas.

Al ordenar en este caso al Estado de Chile que implemente su sentencia con control de convencionalidad, mientras no adecúe su legislación de acuerdo a lo resuelto por esta, la CortelDH volvió a relacionar implícitamente la cosa juzgada internacional con dicho control. Para buscar una explicación al vínculo que existe entre ambas nociones, hay que volver a la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia que la CortelDH dictara en el caso *Gelman c. Uruguay*. De la lectura de esta decisión, pareciera desprenderse que el tribunal

internacional considera al principio de *res iudicata* como incluido dentro del concepto de control de convencionalidad, respecto de los Estados condenados por sus sentencias. Esta interpretación de dicho control, no ya a terceros Estados, sino que a los que fueron parte del litigio respectivo, sin distinguir entre los efectos que le son propios a la cosa juzgada y a tal control, hace que la primera quede subsumida en el segundo, transformando en ociosa la distinción entre ambas nociones, para los Estados condenados. De esta manera, un principio jurídico de amplia aceptación en el derecho internacional, como el de *res iudicata*, pasaría a ser redundante -en la práctica- para casos de implementación convencional. El objetivo de esta pareciera no ser otro que asegurar por esta vía el cumplimiento de las sentencias de la CortelDH. Sin embargo, al extender a tal punto el concepto pretoriano, y ampliamente discutido, de control de convencionalidad, el tribunal internacional confunde los efectos *inter partes* con los *erga omnes* de estas. Lejos de persuadir, esta falta de precisión conceptual en el razonamiento de la CortelDH no facilita el cumplimiento de sus sentencias y genera dudas en la doctrina, que sería conveniente que esta aclare en sus próximas decisiones judiciales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Alvim. *Manual de direito procesual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

- BERNALES, Gerardo. “La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos”, *Ius et Praxis*, v. 13, n. 1, 2007, pp. 245-265.
- BÔAS, Regina Vera Villas; y MACHADO MARTINS, Priscila. “La efectividad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema jurídico chileno y el caso Omar Maldonado y otros vs Chile”, *Revista Jurídica (del Centro Universitário Curitiba)*, v. 2, n. 69, 2022, pp. 675-695.
- BOWETT, Derek. “Res Judicata and the Limits of Rectification of Decisions by International Tribunals”, *African Journal of International and Comparative Law*, v. 8, 1996.
- BRAUN, Johann. *Rechtskraft und Restitution*. Berlin: Duncker & Humblot, 1979.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “Chronique d’une théorie en vogue en Amérique Latine. Décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité”. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, v. 100, 2014, pp. 831-863.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “Conventionality Control: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)”. En WOLFRUM, Rüdiger (org). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: OUP, 2018.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “Crónica de una teoría de moda en América Latina”. En HENRÍQUEZ, Miriam, y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (orgs.). *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: Ediciones DER, 2017.
- CAPONI, Remo. *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milán: Editorial Giuffrè, 1991.
- CHEN, María Cristina. *Teoría del control de convencionalidad: un cambio de paradigma*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2022.
- CHENG, Bin. *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*. Londres: Stevens & Sons Limited, 1953.
- COLOMBO, Ignacio. *La doctrina del control de convencionalidad en el sistema interamericano: fundamentos, alcances, problemas y soluciones*. Buenos Aires: La Ley/Thomson Reuters, 2024.
- CONTESSE, Jorge. “The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine”. *International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, 2017, pp. 1-24.
- CURY, Enrique. *Derecho penal: parte general*. Santiago: Ediciones UC, 2005.
- DIDDIER JR., Fredie. *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Podivm, 2008.
- DODGE, William. “Res Judicata”. En WOLFRUM, Rüdiger (org). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: OUP, 2006.

- DOMINGO, Rafael. *Teoría de la "auctoritas"*. Pamplona: EUNSA, 1987.
- DOMINGO, Rafael. *Auctoritas*. Barcelona: Ariel, 1999.
- DULITZKY, Ariel. "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights". *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, 2015, pp. 45-93.
- FERNÁNDEZ, Karinna. "Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar". *Estudios Constitucionales*, v. 8, n. 1, 2010, pp. 467 - 488.
- GARRIDO, Mario. *Derecho penal: parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- GAUL, Hans Friedhelm. *Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe*. Bielefeld: Deutscher Heimat-Verl, 1956.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. *The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System*. Cambridge: Intersentia, 2018.
- GONZÁLEZ RAMÍREZ, ISABEL, et al. "La media prescripción frente al delito de desaparición forzada de personas. ¿Incumplimiento de la normativa internacional en materia de crímenes de lesa humanidad?". *Revista Direito GV*, v. 10, n. 1, p. 321-346.
- HITTERS, Juan Carlos. *Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2015.
- IBÁÑEZ, Juana María. *Control de convencionalidad*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- KREMER, Carsten. "Los límites de la cosa juzgada en el derecho de la Unión Europea". *Revista de Derecho (de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, n. 35, 2010, pp. 189-226.
- KULICK, Andreas. "Article 60 ICJ Statute, Interpretation Proceedings, and the Competing Concepts of *Res Judicata*". *Leiden Journal of International Law*, v. 28, n. 1, 2015.
- LANDONI, Ángel. "La cosa juzgada: valor absoluto o relativo". *Derecho PUCP*, n. 56, 2003, pp. 297-360.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. "Voce Giudicato. Diritto processuale civile". En *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Treccani, v. 15, 1989.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián, "La jerarquía normativa en Chile frente al control de convencionalidad". En LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (org). *Temas de derecho internacional para el diálogo constitucional chileno*. Santiago: Ediciones UC, 2021.
- MARCHADIER, Fabien. "L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en matière civile". *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, v. 26, n. 104, 2015, pp. 877-907.
- MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. "L'effectivité des arrêts de la Cour

- européenne des droits de l'homme en France". En Instituto de Derechos del Hombre de los Abogados Europeos e Instituto de Derechos del Hombre del Colegio de Abogados de Burdeos (org). *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruselas: Bruylant, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*. Lima: Editorial Communitas, 2008.
- NASH, Claudio. *Control de convencionalidad: de la dogmática a la implementación*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2013.
- NASH, Claudio (org.). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: control de convencionalidad*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NOGUEIRA ALCALA, Humberto. "Informe en derecho sobre precedentes jurisdiccionales en materia de media prescripción". *Ius et Praxis*, v. 14, n. 2, 2008, pp. 561-589.
- PARRA NÚÑEZ, Francisco. "Los efectos de la media prescripción penal". *Revista de Derecho (de la Universidad de Concepción)*, v. 87, n. 246, 2019, pp. 247-285.
- QUINCHE, Manuel. *El control de convencionalidad*. Bogotá: Editorial Temis, 2014.
- QUINTANA, Juan José. *Diccionario jurídico de la Corte Internacional de Justicia*. Bogotá: Editorial Tirant Lo Blanch, 2021.
- QUISPE, Florabel. *El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos: una apuesta arriesgada y los problemas de efectividad en la práctica*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2024.
- ROSAS, Juan Antonio. "El impacto de la justicia internacional: el deber de justicia penal y la relativización de la cosa juzgada, especial referencia al caso peruano". Disponible en: <<http://www.derechopenalonline.com>>, consulta en 24 de enero de 2025.
- ROSENNE, Shabtai. *Interpretation, Revision and Other Recourse from International Judgments and Awards*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- SILVA ABBOTT, Max. *El control de convencionalidad y la transformación de los sistemas jurídicos interamericanos*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2024.
- SUDRE, Frédéric. "L'effectivité des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme" *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, v. 19, n. 76, 2008, pp. 917-947..
- TELLO, Juan Alonso. *Control de convencionalidad y estado constitucional de derecho: consideraciones sobre la doctrina creada por la Corte Interamericana de Derecho*

- Humanos*. Ciudad de México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2024.
- UGARTE, Fernando. *El recurso de revisión*. Santiago: Thomson Reuters.
- UGARTE, Fernando. “Nulidad de sentencias firmes: hacia una relectura de la impugnación de la cosa juzgada”. *Revista Chilena de Derecho*, v. 51, n. 1, 2024, pp. 67–98.
- XUE, Hanquin. *Jurisdiction of the International Court of Justice*. Leiden: Brill Nijhoff, 2017.

A RELAÇÃO ENTRE A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E AS DECISÕES LIMINARES EM CAUSAS DE TUTELA À SAÚDE: IMPORTÂNCIA DAS DECISÕES PROFERIDAS DE MODO INITIO LITIS E IN AUDITA ALTERA PARTE PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO PROCESSUAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO EM DEMANDAS ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE.¹⁴¹⁸

THE RELATION BETWEEN REASONABLE DURATION OF JUDICIAL PROCEDURE AND PRELIMINARY DECISIONS IN CASES OF HEALTH PROTECTION: IMPORTANCE OF THE PRELIMINARY DECISION TO THE EFFECTIVENESS OF THE PRINCIPLE OF THE REASONABLE DURATION OF PROCEDURES IN CASES INVOLVING THE RIGHT TO HEALTH

Sergio Torres Teixeira

Formado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Doutor em direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, com endereço para correspondência de Avenida Bernardo Vieira de Melo, n. 520, AP. 1101, Piedade, Jaboatão dos Guararapes/Pernambuco, CEP. 54420010. E-mail: sergiotteixeira@uol.com.br.

Leonardo Brito Barros

Formado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Mestrando em direito na Universidade Federal de Pernambuco, advogado com atuação no Direito Civil, em especial no Direito Médico e da Saúde, com endereço para correspondência de Avenida Conselheiro Rosa e Silva, 707, AP. 1101, Graças, Recife/Pernambuco, CEP: 52020220. E-mail: leonardobarrosadv@outlook.com.

RESUMO: O presente artigo se destina a desenvolver um estudo crítico acerca da importância das decisões liminares para a efetivação do princípio processual da razoável duração do processo, com enfoque nos casos que envolvam o direito à saúde. Apesar do Código de Processo Civil de 2015 citar explicitamente em seu bojo o princípio da razoável duração do processo como um norte e objetivo processual, que também está presente na Constituição Federal, é sabido que na prática forense,

infelizmente, os processos judiciais se estendem por anos sem a efetiva prestação jurisdicional. Dessa forma, as decisões interlocutórias liminares são instrumentos importantes a serem buscados e utilizados pelos operadores do direito para garantir aos jurisdicionados uma resposta em tempo razoável, mesmo que o processo se estenda por tempo irrazoável. Para tanto, é preciso entender o que se entende por “razoável duração do processo”, “decisões liminares” e como

¹⁴¹⁸ Artigo recebido em 31/07/2023 e aprovado em 23/11/2023.

a segunda pode influenciar a primeira. Inicialmente, com o intuito de contextualização do tema abordado, é exposta a conceituação do princípio processual da “razoável duração do processo”, as disposições legais que o prevêm, assim como a perspectiva doutrinária sobre tal princípio. Em seguida, elucida-se sobre o conceito de “decisões liminares”, abordando a origem e significado do termo, assim como as legislações brasileiras que as predizem e instrumentalizam sua utilização, e por fim, demonstra-se como que a resposta jurisdicional por meio de decisões provisórias que podem ou não vir a ser confirmadas, podem ser de grande e fundamental importância para uma prestação jurisdicional mais eficiente, célere e justa, destacando, inclusive, as ações judiciais que envolvam o direito à saúde, posto que nessas demandas em específico, a mora dos órgãos jurisdicionais de fornecer uma resposta pode terminar ocasionando danos irreparáveis à parte jurisdicionada, inclusive afetando o objeto da lide. O presente artigo é desenvolvido pelo método dedutivo, através de pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e a textos legais.

PALAVRAS-CHAVE: Razoável Duração do Processo; decisões liminares; direito à saúde.

ABSTRACT: This article is intended to develop a critical study of the significance of the preliminary injunction to the effectuation of the procedural principle of the procedure reasonable duration, focused on cases which

involves the right to health. Although the Brazilian Civil Procedure Code of 2015 quotes expressly on its text the principle of the reasonable duration of judicial procedure as a procedure north and goal, wish is also expressed on the Federal Constitution, it is well known on the courts practice that, unfortunately, lawsuits takes long years without an effective jurisdictional assistance. This way, the preliminary injunction are important weapons to be pursued and utilized by operators of law to guarantee that the Plaintiff and the Defendant have an answer in a reasonable duration, even though the lawsuit continues for an unreasonable amount of time. In order to do that, it is mandatory understand the concept of “procedure reasonable duration”, “Preliminary injunction” and how the second can influence to the first be achieved. First of all, intending the contextualization of the studied topic, it is exposed the concept of procedure reasonable duration, the legal provisions of it, as well as the doctrinaire perspective about this principle. Then, it is explained about the meaning of Preliminary injunction, approaching the origin and meaning of the term, as well as the Brazilian legislations which predict the principle and establish its use, and at last, it is demonstrated how the jurisdictional answer through Preliminary injunction, which may or may not be confirmed, must have a great and fundamental importance to offer an efficient, fast and fair answers for those who claim justice in court. Highlighting lawsuits which involves the right to health, because on those specifics kinds of demands, the delay of the judiciary system to provide an answer can cause

irreparable damage to the Plaintiff and the Defendant, even affecting the subject discussed on the lawsuit. This article is developed by the deductive method, through doctrinal, jurisprudence and legal texts research.

KEYWORDS: Reasonable Duration of Judicial Procedure; Preliminary injunction; Right to health.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar o que a doutrina brasileira entende ser considerado como razoável duração do processo, correlacionando com a prática forense dos tribunais, buscando demonstrar a importância das decisões liminares para a efetivação do princípio processual da razoável duração do processo, com enfoque nos casos que envolvam o direito à saúde.

A morosidade processual do Sistema de Justiça Brasileiro ocasiona muitas vezes a inviabilização de determinadas demandas que terminam por perder o seu objeto ao longo da demorada relação processual. Essa lentidão decorre de diversos fatores, como aspectos sociais, econômicos e até mesmo processuais, apresentando desafios significativos para resolução. Contudo, no presente estudo, analisamos como o próprio ordenamento jurídico pátrio prevê instrumentos, mais precisamente as tutelas provisórias de urgência, que podem ser utilizados pelos operadores do direito para alcançar, no mundo ideal, ou ao menos se aproximar, uma prestação jurisdicional eficiente, correta e célere.

Pretende-se com o estudo em tela evidenciar o que a doutrina considera como sendo a conceituação teórica do denominado princípio processual da “razoável duração do processo”, trazendo elucidações acerca dos 3 (três) critérios objetivos elaborados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, aceita pela doutrina brasileira, que são: complexidade da causa; comportamento das partes; e atuação do órgão jurisdicional; correlacionando-o com os dispositivos legais que o prevêm e com a realidade prática forense, trazendo soluções de ferramentas processuais, decisões liminares, dispostos no nosso ordenamento jurídico para perseguir uma prestação jurisdicional com mais celeridade, demonstrando a necessidade dos jurisdicionados de receber uma resposta do judiciário justa e eficaz, além de rápida.

Objetiva-se ainda constatar que decisões liminares podem e devem ser buscadas e utilizadas por operadores do direito para garantir aos jurisdicionados uma resposta rápida do órgão jurisdicional, posto que a demora para uma decisão sobre o caso possa gerar uma perda ou precarização do objeto da lide.

Como maior exemplo da importância das decisões liminares para a efetivação do princípio processual da razoável duração do processo, verificam-se as ações judiciais que envolvem o direito à saúde. Neste sentido tais decisões de pedidos de tutelas podem representar uma medida jurisdicional importante, fornecendo uma resposta, mesmo que provisória, às partes, em tempo hábil.

Por fim, busca-se esclarecer que os bens jurídicos mais importantes consagrados pela Constituição Federal, como o direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à saúde devem ser sempre garantidos e tutelados preferencialmente, posto que estes podem ser deteriorados em caso de demora da prestação jurisdicional, em detrimento da proteção pecuniária, que é completamente reversível em caso de modificação de uma decisão.

Para tanto, desenvolve-se o trabalho com a utilização do método dedutivo, com pesquisas em obras doutrinárias, na jurisprudência e nos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro vigente.

1. DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A razoável duração do processo é um princípio básico processual assegurado pela Constituição Federal de 1988, que assegura a celeridade da tramitação processual para que este tenha um prazo de duração razoável, consoante Art. 5º Inciso LXXVIII:

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:

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.¹⁴¹⁹

Cumprido esclarecer, entretanto, que originalmente o legislador constituinte de 1988 não previu de modo expresso na Carta Magna brasileira, o princípio da razoável duração do processo.

O respectivo inciso LXXVIII foi apenas acrescentado no corpo da Carta Política de 1988 no final do ano de 2003, quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, conhecida como Reforma do Judiciário. Tal previsão explícita, por sua vez, decorreu de outras movimentações legislativas.

Nesse sentido, em 1992 o Brasil ratificou o Pacto de São José da Costa Rica, que dentre outras coisas, assegurou a garantia a um processo judicial que venha a ser definido, em seu mérito, em duração razoável.

Assim dispõe o artigo 8º, I, do mencionado Pacto, ratificado pelo Brasil:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer

¹⁴¹⁹ BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 setembro 2020.

*acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*¹⁴²⁰

A expressão “dentro de um prazo razoável”, constante do texto do mencionado item 1 do artigo 8º da Declaração Latino-Americana de Direitos Humanos, ressoou o suficiente para provocar a inclusão deste princípio processual no rol de garantias constitucionais do processo da Constituição Federal a partir da mencionada Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Nesse mesmo sentido, o legislador infraconstitucional passou a conduzir a atualização do modelo processual civil corroborando com os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Em 2015, a Lei nº 13.105, conhecida como o Código de Processo Civil Brasileiro contemporâneo, exibiu, logo em seu artigo 4º a garantia dos jurisdicionados de terem a solução de suas demandas judiciais promovidas dentro de um prazo razoável:

*Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.*¹⁴²¹

O legislador ordinário de 2015, destarte, expressamente estipula como direito processual básico de todo e

qualquer parte em um processo judicial o direito a um pronunciamento jurisdicional sobre o mérito da causa, englobando eventual etapa executiva destinada a materializar aquilo que foi decidido, sempre dentro de um lapso de tempo considerando como aceitável e satisfatório. A razoabilidade da duração da demanda judicial até a entrega definitiva da tutela jurisdicional, cognitiva e eventualmente executiva, inerente a um pronunciamento sobre o mérito da causa, passou então a ser explicitamente tipificado como direito processual assegurado ao litigante, seja autor o réu.

Nessa linha normativa se encontra o artigo 6º do mesmo álbum processual, que ao prever o dever de todos os sujeitos do processo de participar proativamente de uma comunidade na qual cada um deve cooperar com os demais para alcançar objetivo de proporcionar uma decisão de mérito (que, aliás, deve ser justa e efetiva, segundo as próprias palavras do legislador no mencionado dispositivo), impõe que tal fim seja alcançado dentro de um período temporal suficiente, mas não excessivo. Cooperar para promover a solução de mérito dentro de um tempo razoável, passou a ser a diretriz a ser seguida por todos os participantes da relação processual.

É possível observar ainda a preocupação do legislador com este princípio processual na análise do artigo 139, inciso II, do CPC de 2015, quando é

¹⁴²⁰ Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, 1969.

¹⁴²¹ BRASIL, Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Art. 4º. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 setembro 2020.

elucidado os deveres e responsabilidades do juiz:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

II - velar pela duração razoável do processo;¹⁴²²

Apesar de devidamente consagrada tanto na nossa Carta Maior como no Código de Processo Civil vigente, para melhor entendimento deste princípio, é necessário, inicialmente, um estudo acerca do seu conceito.

Assevera Danielle Annoni sobre da referida expressão:

A expressão prazo razoável, que visa regular a garantia do demandante de obter do Poder Judiciário uma resposta pronta e efetiva, ou seja, o direito de que seu processo termine logo e lhe forneça uma resposta condizente com o pedido formulado.¹⁴²³

Nesse sentido, a razoável duração do processo importa não só ao tempo para a resolução da demanda, mas também que a resposta do Judiciário ao jurisdicionado seja efetiva, atacando o mérito da lide, trazendo solução para o caso concreto.

Até porque, é impossível estabelecer um período temporal específico para todos os processos, posto que cada caso deve ser analisado

em separado. Não é razoável, por exemplo, que uma ação de indenização por danos materiais em razão de cobrança indevida tenha o mesmo prazo de duração de uma ação de indenização por danos morais e estéticos decorrente de erro médico. Na primeira hipótese, caso não seja de interesse das partes, é possível que o processo se solucione sem sequer a realização de uma audiência; o julgador conseguirá resolver o mérito da lide com os documentos trazidos na exordial e na contestação. Enquanto a segunda situação certamente precisará de uma maior dilação probatória, inclusive com a realização de perícia médica. Ou seja, cada processo tem seu próprio grau de complexidade, sendo incabível estipular um prazo expresso para todos eles.

Apenas na análise dos casos em concreto será possível evidenciar a ocorrência ou não da razoável duração do processo, sendo seu maior indício a obtenção pelo jurisdicionado de uma resposta justa ao seu pedido em um tempo aceitável.

Nessa perspectiva, elucida José Afonso da Silva sobre o tema:

A razoável duração do processo como que delimita a celeridade de sua tramitação. Celeridade é signo velocidade no seu mais lato grau; processo célere seria aquele que tramitasse com a maior velocidade possível; mais do que isso, só um processo celérrimo. Processo com razoável duração já não significa,

¹⁴²² BRASIL, Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Art. 4º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 setembro 2020.

¹⁴²³ ANNONI, Danielle. O direito humano de acesso à Justiça em um prazo razoável. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

necessariamente, um processo veloz, mas um processo que deve andar com certa rapidez, de modo a que as partes tenham uma prestação jurisdicional em tempo hábil. Poder-se-ia dizer, portanto, que bastava o dispositivo garantir uma razoável duração do processo para que o acesso à justiça não se traduzisse no tormento dos jurisdicionados em decorrência da morosidade da prestação jurisdicional, que não apenas é irrazoável, como profundamente irracional. Nesse signo razoável duração do processo se tem um aceno ao princípio da razoabilidade, cuja textura aberta proporciona ponderações que podem reduzir, em muito, os objetivos que o texto em comentário visa a acalcar – e, assim, diria que se teria uma ponderação aberta, por não estar sopesando dois valores ou dois objetos, mas apenas verificando se o juiz teve, ou não, razões para demorar sua decisão, levando-se em conta a carga de trabalho que pesava sobre ele. É aqui que a garantia da celeridade da tramitação tem sua importância, já que o que se tem não é uma garantia abstrata da celeridade, mas o dever de preordenar meios para ser alcançada. De certo modo, enquanto não se aparelhar o Judiciário com tais meios, a razoabilidade da demora fica

*sempre sujeita a saber se o magistrado tinha, ou não, possibilidade de fazer andar seu processo mais rapidamente. Corre-se, assim, o risco da previsão de mais uma garantia individual sujeita à ineficácia, já que ela vai depender de providências ulteriores.*¹⁴²⁴

A denominada razoável duração do processo, portanto, não diz respeito apenas a resolução da questão processual com rapidez, mas na verdade, a prestação jurisdicional eficiente e célere, de modo que o procedimento siga um fluxo sem demora irrazoável.

Assim, nos tempos atuais, a doutrina pátria, seguindo os critérios elaborados pela Corte Europeia de Direitos Humanos para estipular a razoável duração do processo, atenta-se a três preceitos objetivos, são eles: a) complexidade da causa; b) comportamento das partes; e c) atuação do órgão jurisdicional.

Inicialmente, observamos o critério relacionado à “complexidade da causa”. Como já mencionado anteriormente, cada processo deve ser analisado em separado, analisando as necessidades e peculiaridades de cada demanda judicial.

O grau de complexidade do processo será auferido a partir de alguns fatores, como, por exemplo, a quantidade de pessoas envolvidas no imbróglio processual e a necessidade de

¹⁴²⁴ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 7.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

produção de provas periciais e testemunhais.

É evidente que um processo com múltiplos autores e réus, em que é necessária a oitiva de várias testemunhas, sendo esse fator agravado ainda mais quando estas não residem no foro em que o feito tramita. Assim como a realização de perícia para o deslinde da causa, tem maior grau de complexidade e será preciso uma maior instrução processual para o juízo se convencer de uma das teses e proferir uma decisão justa e efetiva.

Ou seja, reafirmando o exemplo anteriormente citado, não é razoável exigir do órgão jurisdicional que um processo com necessidade de dilação probatória para o seu deslinde, tenha o mesmo prazo para ser sentenciado que uma causa em que o julgador conseguirá formar seu convencimento apenas com a documentação e as exposições fáticas e jurídicas indicadas em sede de petição inicial e contestação.

O segundo fator a ser analisado para verificar a ocorrência ou não do princípio da razoável duração do processo ao caso concreto é o “comportamento das partes”.

O modelo processual brasileiro a partir do Código Civil de 2015 tem como uma de suas bases a ideia do “processo cooperativo”, que teve sua origem na Alemanha, e no Brasil, teve inspiração do Direito processual civil português.

Esta base está devidamente expressa no Artigo 6º do supracitado diploma legal. Vejamos.

*Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*¹⁴²⁵

Em outras palavras, o intuito do legislador aqui é fazer com que todos os sujeitos processuais ajam com a intenção de atingir o objetivo em comum de chegar, “em tempo razoável”, a uma “decisão de mérito justa e efetiva”. Portanto, é dever das partes cooperarem para o devido andamento do processo.

Elucida Juliana Paschoal Pinheiro:

*O que se propõe é uma nova cultura que valorize o diálogo entre os sujeitos processuais, sem que haja um duelo individualista, mas que sempre seja exaltado o caráter finalístico social do processo, que é a pacificação dos conflitos.*¹⁴²⁶

O processo cooperativo promove a participação coletiva e o compartilhamento da condução processual, com cada sujeito cumprindo o seu papel em impulsionando o processo para que este chegue ao seu fim.

A partir do momento em que um dos sujeitos processuais deixa de agir com a devida lealdade e boa-fé processual; buscando objetivo diverso

¹⁴²⁵ BRASIL, Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Art. 4º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 setembro 2020.

¹⁴²⁶ PINHEIRO, Juliana Paschoal. A efetividade da tutela jurisdicional e a atuação do magistrado na perspectiva da cooperatividade. Rio de Janeiro. 2015.

da resposta jurisdicional justa em um período de tempo razoável; utiliza o processo com a finalidade ilícita de atingir, machucar ou prejudicar parte ou terceiro; e usa de recursos meramente protelatórios para atrasar o andamento do feito; as técnicas jurisdicionais para dar celeridade à relação processual e trazer efetividade a Justiça deixarão de surtir efeito prático.

É importante destacar que este instrumento engloba todos os sujeitos processuais, quais sejam: partes, advogados, defensores públicos, promotores, magistrados e servidores, devendo cada um deles, dentro de suas atribuições, contribuir para que o processo atinja o seu fim, solucionando o mérito da demanda de maneira justa e efetiva em um tempo razoável.

O último, mas não menos importante critério, é o da atuação do órgão jurisdicional, que terá vários pontos de interseção com o preceito do comportamento das partes, especialmente no tocante à execução da atividade jurisdicional dos magistrados e servidores da Justiça.

Cumprido de logo destacar que os juízes e serventuários têm prazos estipulados para o andamento processual, contudo, estes não são observados a fio, sendo descumpridos corriqueiramente e por serem prazos impróprios não acarretam preclusão.

Contudo, o preceito em tela não se refere apenas ao cumprimento de prazos, mas também na atuação dos magistrados. A ideia do ativismo

processual deve ser perseguida pelos julgadores, de forma que atuem de maneira a buscar a resolução de mérito do conflito, buscando sanar, corrigir e remediar vícios que ponham em risco o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Desse modo, os órgãos jurisdicionais devem atuar no sentido de conduzir o processo a um desfecho, chegando a uma resolução de mérito da causa para as partes. Este ideal foi elucidado pelo legislador em vários pontos do Código de Processo Civil de 2015, como podemos observar a seguir:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

*Art. 488. Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485.*¹⁴²⁷

Este critério deve ser compreendido não só levando em consideração um juiz ou um servidor singular, mas, na verdade, abrangendo

¹⁴²⁷ BRASIL, Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Art. 4º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 setembro 2020.

todas as autoridades envolvidas na causa ligadas a Administração Pública, posto que, esta, através do Estado-juiz, tem a responsabilidade de assegurar, na medida em que lhe cabe, a garantia processual fundamental de razoável duração do processo.

Importante salientar ainda que o órgão jurisdicional não só corrobora para a longa duração do processo por atos omissivos, mas também, terminam por dilatar indevidamente a causa por atos comissivos, como é o exemplo do julgador que defere a produção de uma prova que não é necessária para o seu convencimento sobre o julgamento do processo, e assim, invariavelmente aumenta o tempo de duração do processo.

Nesse sentido, preceitua Duína Porto Belo:

A prestação da justiça em tempo hábil não possui uma dimensão temporal delimitada, justamente por envolver casos concretos. Há que se mensurar, sempre, a celeridade processual com as demais garantias do due process of law. A celeridade não é um fim em si mesma – a mera aceleração – mas deve ser conciliada com a segurança jurídica e a negação dos excessos de rapidez – porque isso poderá prejudicar a qualidade da prestação jurisdicional – e de lentidão, pois a morosidade contribui para a incerteza e indefinição do direito perseguido.

*Assinalar prazos limite para a duração total dos processos não é uma boa solução, pelas idiosincrasias que cada caso envolve, baseando-se nos critérios definidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Afora isso, seriam imensas as dificuldades em medir e determinar, com confiabilidade, o tempo médio de duração dos processos. Quanto tempo deve durar um processo de divórcio? Inventário? Ação de cobrança?*¹⁴²⁸

Portanto, como restou demonstrado, a doutrina não credita prazos fixos para averiguação da razoável duração do processo, justamente pelas diversas variáveis evidenciados nos critérios acima expostos.

Isto ocorre porque o princípio processual da razoável duração do processo não visa apenas a celeridade nos processos, mas também que estes cheguem a uma resolução de mérito justa e efetiva para as partes.

Não se pode deixar de destacar ainda que, o princípio processual da razoável duração do processo não se confunde com o direito do jurisdicionado à celeridade processual.

Como já demonstrado anteriormente, o princípio da razoável duração do processo visa garantir que o procedimento não seja um fim em si mesmo, mas, na verdade, que termine por conceder as partes integrantes do

¹⁴²⁸ BELO, Duína Porto. A razoável duração do processo como instrumento de acesso à justiça.

Revista Direito e Desenvolvimento. a. 1, n. 2, julho/dezembro, 2010.

litígio uma decisão justa que solucione o mérito da questão em um prazo razoável.

Por outro lado, a celeridade processual refere-se a dinâmica dos atos processuais, em especial, despachos, certidões, expedições de mandados de citação de intimação, dentre outros; com o objetivo que esses ocorram de forma mais rápida possível.

É bem verdade que a institucionalização do Processo Judicial eletrônico já vem trazendo uma enorme economia processual, fazendo com que todo o procedimento judicial seja mais célere. Isto fica evidente quando analisamos as intimações de despachos e decisões que agora são feitas eletronicamente através dos expedientes do sistema Pje, quando anteriormente, seria necessário a realização de intimação física com entrega de carta com aviso de recebimento.

Contudo, apesar do claro avanço, ainda persiste no sistema jurisdicional brasileiro uma forte morosidade processual, em especial quando verificamos na prática o tempo em que processos ficam conclusos esperando por despachos, decisões interlocutórias ou sentenças.

O Código de Processo Civil estabelece prazos processuais para juízes e serventuários, vejamos:

Art. 226. O juiz proferirá:

I - os despachos no prazo de 5 (cinco) dias;

II - as decisões interlocutórias no prazo de 10 (dez) dias;

III - as sentenças no prazo de 30 (trinta) dias.

*Art. 227. Em qualquer grau de jurisdição, havendo motivo justificado, pode o juiz exceder, por igual tempo, os prazos a que está submetido.*¹⁴²⁹

Ocorre que, na prática, são poucos os órgãos jurisdicionais que os observam. O que acontece no dia-dia da maioria das varas Brasil afora é a inclusão de processos conclusos em uma ordem cronológica para realização do ato processual, sem observância dos prazos previstos no Código, mas sim, na fila das ações.

Apenas como ponto de reflexão, caso um advogado perca um prazo processual estabelecido pelo referido diploma legal, isso poderá acarretar graves prejuízos à parte que está sendo representada judicialmente. Além disso, é possível a adoção de medidas disciplinares em face do profissional pela Ordem dos Advogados do Brasil.

No mesmo sentido, há a possibilidade do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) adotar medidas disciplinares em face dos Julgadores e serventuários que descumpram os prazos processuais imotivadamente.

Contudo, deve-se compreender que a morosidade na realização de atos processuais pelos órgãos jurisdicionais tem suas razões, sendo evidente para todos os operadores do direito que

¹⁴²⁹ BRASIL, Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Art. 4º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 setembro 2020.

muitas vezes falta estrutura física e pessoal para as unidades lidarem celeremente com a grande demanda de processos distribuídos todos os dias.

Levando em consideração todos os elementos acima elucidados, o Poder Judiciário, por meio dos seus Magistrados, pode (e deve) utilizar instrumentos procedimentais para assegurar a prestação jurisdicional às partes, mesmo que as circunstâncias não permitam um andamento processual célere que resulte em uma decisão final em tempo razoável.

Nesse sentido, passamos a observar a concessão das tutelas antecipadas pelos juízes de primeiro grau, em especial no âmbito das demandas que envolvam a saúde e terminam por, invariavelmente, prestar jurisdição às partes do processo, mesmo que temporárias, atenuando os efeitos práticos da morosidade processual.

2. IMPORTÂNCIA DAS DECISÕES LIMINARES PARA A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

De logo, é de suma importância evidenciar a conceituação do termo liminar, bem como sua contextualização com o direito processual civil.

Pois bem, a palavra “liminar” tem origem do latim “*liminaris*”, que se refere sempre ao que é efetuado “no início”.

Para o estudo aqui perseguido, relevante destacar o significado deste

termo para o direito processual civil, ou seja, é a tutela jurisdicional passível de concessão no início da relação processual, sem a prévia oitiva da parte adversa. Para merecer o adjetivo “liminar”, a decisão precisa ser proferida logo no início da demanda judicial, ou seja, *initio litis*, e sem ouvir antes o adversário, isto é, *in audita altera parte*. Para receber o qualificativo “liminar”, destarte, a medida judicial precisa ser concedida pelo juiz logo no começo da relação processual, com o consequente diferimento do momento de observância do contraditório.

Neste sentido, assevera Eduardo José da Fonseca Costa:

Tratando-se de liminar, portanto, está-se sempre em face de cognição vertical sumária ou superficial¹⁷. Ora, quem concede liminar, antecipa-se ao provimento final, motivo por que se encontra em fase processual em que não teve ainda ocasião propícia para analisar e valorar com profundidade todas as alegações e provas produzidas ou a serem produzidas pelas partes.¹⁴³⁰

Assim, verifica-se que a decisão interlocutória liminar tem um caráter provisório, podendo vir a ser confirmada ou modificada em sede de sentença. E isto se dá pelo fato de que quando da concessão, o juízo ainda não tem disponíveis para a sua interpretação todos os elementos formadores do processo.

¹⁴³⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O direito vivo das liminares. São Paulo: Saraiva, 2009.

Via de regra, as medidas liminares são concedidas apenas com os fatos e documentos trazidos pela parte autora em sua exordial. Assim, a cognição do magistrado poderá ser alterada com a instrução processual, após oitiva de testemunhas, realização de perícias, apresentação de defesa e provas documentais pela parte ré.

Ainda que provisória e passível de modificação, para concessão de um pleito liminar se faz necessário a presença de dois pressupostos, são eles: a verossimilhança das alegações e o perigo de demora, conforme observa-se do artigo 300 do Código de Processo Civil:

300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.¹⁴³¹

Portanto, temos que se a parte autora for capaz de demonstrar ao juízo, na petição inicial e nos documentos

juntados, a probabilidade de direito das suas alegações e o perigo de dano irreparável que poderá ser causado a parte em caso necessidade de espera para a tutela jurisdicional, o magistrado competente poderá exaurir uma decisão liminar, determinando uma obrigação de fazer, por exemplo, à parte ré, que perdurará até a sentença de mérito do processo, quando a tutela concedida poderá ser confirmada ou revogada.

Diante desta possibilidade de concessão de uma tutela jurisdicional antes de terminada a relação processual, verifica-se que o instituto da liminar pode ser uma grande arma de garantia de prestação jurisdicional, ainda que o processo se dilate por tempo irrazoável.

Isto porque, como já destacado, mesmo que o processo termine por se alongar por tempo que ultrapasse o razoável, uma vez concedida a liminar, a tutela jurisdicional estará sendo aplicada, tendo as partes uma resposta, ainda que temporária, para o caso em apreço.

Ao final do processo, quando o magistrado proferir sua sentença solucionando o mérito, poderá confirmar a tutela antecipada concedida em decisão liminar ou mesmo revogá-la, assim, não se vislumbra prejuízo a qualquer das partes a possibilidade de uma decisão antecipada.

A decisão de tutela de urgência torna viável a proteção e a efetivação do direito postulado pela parte

¹⁴³¹ BRASIL, Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Art. 4º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 setembro 2020.

demandante, posto que a inevitável demora na conclusão do processo impossibilitaria que o Magistrado proferisse um julgamento que viesse a surtir o efeito necessário e desejado no momento da propositura da ação.

Isto porque, quando há a necessidade de urgência na prestação jurisdicional significa que caso não ocorra a rápida atuação da Justiça, o objeto do litígio pode vir a desaparecer, não fazendo mais qualquer sentido prático uma decisão posterior a isto.

Como nítido exemplo da necessidade da utilização das decisões de tutela de urgência como meio de garantir que o objeto da ação não se perca, podem ser apontadas as medidas liminares pleiteadas no âmbito do direito da saúde.

A maioria dos processos que versam sobre o tema, demanda uma imediata prestação jurisdicional dos Magistrados e serventuários para que a demora no andamento do processo não acarrete piora no estado de saúde de um paciente jurisdicionado, por exemplo.

Ora, é evidente que o juízo não terá a completa convicção do direito de uma das partes apenas da análise da exordial e seus documentos, contudo, levando em consideração o perigo de demora no caso concreto e o que a omissão jurisdicional poderá causar a parte, faz-se necessário a atuação imediata do magistrado, conferindo decisão liminar nos autos.

Veja como exemplo um caso em que a parte autora, idosa, sem grandes condições financeiras, portadora de uma série de enfermidades constatadas em laudo médico, em que seu médico assistente faz requisição para

internamento domiciliar e a solicitação perante o plano de saúde lhe é negada. Assim, a consumidora ajuíza ação de obrigação de fazer em face da Operadora de Saúde com a qual mantém vínculo contratual requerendo, liminarmente, a concessão da tutela antecipada para determinar que a empresa realize a cobertura do internamento domiciliar necessário para o não agravamento de seu estado desáude.

É indiscutível que em um caso como este, a realização de perícia médica é indispensável para conferir a real necessidade do internamento domiciliar. Isto porque por um lado, a demandante junta requisição médica para tanto, enquanto a Operadora de Saúde, por outro lado, nega esta necessidade.

A vigésima sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em caso muito parecido ao exemplo supracitado decidiu recentemente da seguinte forma.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA COM PEDIDO TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. SERVIÇO HOME CARE. DEFERIMENTO. INSURGÊNCIA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE (UNIMED). DECISÃO QUE NÃO SE MOSTROU TERATOLÓGICA. SÚMULA 59 TJRJ. DECISÃO QUE SE MANTÉM. *Cinge-se a controvérsia acerca da presença, no caso concreto, dos requisitos legais previstos no art. 300 do Código de Processo Civil de 2015, autorizadores da concessão*

da tutela de urgência. Cediço que a concessão ou não da antecipação da tutela é matéria atinente ao livre convencimento discricionário do juiz da causa, a quem caberá avaliar a conveniência ou não da sua concessão. Desse modo, o deferimento da medida fica adstrito à discricionariedade do juiz da causa, em razão da plausibilidade das alegações e do perigo de dano irreparável. **Além do mais, a apreciação, em sede de agravo de instrumento, se dá em cognição sumária, fundada em juízo de verossimilhança, e não de certeza, pelo que não há que se falar em valoração definitiva do conteúdo probatório.** No caso em comento, extrai-se do laudo médico carreado aos autos principais (index 023), a necessidade de o autor ter equipe de enfermagem presente 24 horas para o seu acompanhamento em regime domiciliar. Note-se que o agravado, conta com 94 anos idade, encontrando-se acamado, sendo portador de diversas doenças graves como Hipertensão Arterial Sistêmica, Insuficiência Cardíaca Crônica, Doença de Parkinson, Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica, tendo se submetido a cirurgia ortopédica de quadril, membro superior direito com fratura sem correção e perda de mobilidade há 3 anos, necessitando de auxílio para sua higiene pessoal como também para sua alimentação devido ao risco de broncoaspiração, além de

fisioterapia motora diária para a sua reabilitação; oxímetro de pulso para melhor acompanhamento da doença pulmonar em questão. Outrossim, atestou o laudo em tela, que agravado, apresenta também, vertigens episódicas, com risco de queda da própria altura, necessitando de visita médica mensal para o seu acompanhamento evolutivo e ajuste de medicações, Bala de oxigênio para o caso de dispneia grave, sessões de nebulizações, assim como máscara de alto fluxo com reservatório. **Enfatize-se que as circunstâncias apontadas no laudo em referência, por si sós, já denotam a urgência da medida e o perigo da demora, sendo certo, que nesses casos, a urgência sobrepuja a necessidade de exaurir o mérito, bastando juízo de delibação sobre o perigo na demora e a verossimilhança nas alegações.** Por outro lado, como cediço, a internação domiciliar representa uma forma de prolongamento da internação hospitalar, em que o paciente continua a necessitar de acompanhamento médico constante, porém, passa a recebê-lo em casa, consistindo a modalidade, numa alternativa mais humanizada, em que além de se afastar o paciente das temidas infecções hospitalares, deixa-o mais próximo de seus familiares, contribuindo com o seu restabelecimento. Ademais, a garantia da vida e a preservação da saúde, bem como o princípio da

dignidade da pessoa humana não autorizam a sua negativa sob o fundamento de exclusão de cobertura, cabendo mencionar que o tratamento domiciliar não difere da cobertura contratualmente assumido de cuidar do paciente no nosocômio. De igual modo, não se deve admitir a limitação em fornecer determinados produtos em casa, até porque, se internado no hospital, o paciente, naturalmente, teria à sua disposição médicos, enfermeiros, medicamentos e materiais de higiene custeados pela operadora de saúde. Nesse termos, em exame não exauriente, verifica-se que a decisão guerreada se mostrou bem fundamentada, sendo o pedido apreciado de acordo com os elementos contidos nos autos, estando caracterizados, a probabilidade do direito e o risco do dano, nos moldes do que dispõe o caput do artigo 300 do NCPC. Ademais, o serviço domiciliar assim como as demais necessidades assistenciais, foram indicadas pelo médico que assistiu ao paciente, conforme laudo constante dos autos do processo original. **Ademais, como se sabe, a decisão que defere ou indefere a tutela de urgência não se reveste de caráter definitivo, podendo ser modificada no curso do feito ou na sentença.**

Note-se que o perigo da demora decorre da própria enfermidade que acomete o agravado, com risco de broncoaspiração e queda da própria altura, necessitando de fisioterapia motora diária para reabilitação, se fazendo necessária a equipe de enfermagem 24 horas diariamente e visita médica mensal. Por fim, somente é admissível a modificação da decisão interlocutória que aprecia a concessão de antecipação de tutela, quando ilegal, teratológica ou contrária à prova dos autos, o que não se vislumbra na espécie (Súmula 59 TJRJ). Súmulas nºs 340 e 338, 311 e 210. Precedentes desta Corte. Recurso conhecido e desprovido. (grifos dos autores) ¹⁴³²

Na decisão acima, restou evidente a preocupação do Julgador em preservar ao máximo o objeto da ação (saúde e vida da parte autora), esclarecendo de forma brilhante que o perigo da demora está devidamente constatado nos autos, ante a juntada de relatório médico indicando a necessidade de urgência no tratamento sob o risco de agravamento do quadro clínico do idoso.

Ainda no que tange a ementa supra, ficou bastante destacado que em casos como esses, que envolvam saúde e vida de jurisdicionados, a necessidade de urgência da medida e o perigo de demora se sobrepõem a necessidade de exaurir o mérito da demanda. Ora,

¹⁴³² REIS, Wilson do Nascimento. TJ-RJ - AI: 0076944-77.2019.8.19.0000. Relator: Des(a). Wilson do Nascimento Reis, Data de

Julgamento: 12/02/2020, Vigésima Sexta Câmara Cível.

estando presentes a verossimilhança das alegações e o *periculum in mora*, constatadas através dos documentos médicos levados aos autos, são atingidos os pressupostos para concessão da tutela de urgência, e assim, a assistência requerida pode ser garantida ao menos enquanto durar o processo.

Este é um exemplo perfeito da importância das decisões liminares como meio de tornar efetivo o princípio da razoável duração do processo, visto que, caso não fosse concedida, o idoso poderia ter piora no seu estado de saúde, podendo, inclusive, vir a óbito, fazendo o objeto do processo desaparecer.

Os Julgadores, portanto, devem observar as decisões de tutelas antecipadas de urgência como importantes ferramentas na efetivação do princípio processual da razoável duração do processo.

Neste mesmo sentido, em completa consonância com o tema aqui proposto, o Desembargador Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima em decisão interlocutória nos autos do Agravo de Instrumento n. 0003321-29.2021.8.17.9000, asseverou com extrema clareza e precisão que os bens jurídicos vida e saúde são mais valiosos e devem ser preservados ante a notória lerdeza processual que caracteriza a maior parte das demandas:

A inevitável lentidão do processo, com o seu tempo próprio para processar e julgar a demanda,

*deve ser menos sentida por quem possui o bem mais valioso, quando cotejados os bens em conflito. A recuperação dos valores despendidos com a cobertura de procedimento médico, reconheça-se, é de difícil efetivação. Mas, frente a esse conflito, a proteção à vida e à incolumidade das pessoas deve prevalecer. Este é, em última análise, o sentido finalístico da tutela provisória de urgência.*¹⁴³³

Ou seja, tendo em vista a complexidade do caso, é razoável que a duração de um processo como esse seja mais extensa. Ocorre que, da mesma maneira, diante do risco de agravamento da saúde, direito fundamental consagrado na Constituição Federal de 1988, da parte autora, a ausência de uma prestação jurisdicional imediata poderá acarretar graves danos a uma das partes do processo.

Assim, ainda que o juiz não tenha a absoluta convicção é razoável a concessão do pleito liminar autoral, levando em consideração seu estado de saúde, mesmo que futuramente, ao longo da dilação probatória processual, vier a comprovação de que o internamento domiciliar não seria necessário. Ao julgamento em sede de sentença, o magistrado poderá revogar a liminar ora concedida, determinando que a demandante restitua os gastos da demandada com a cobertura do serviço.

Assim, na decisão supra, o Ilustre Desembargador do Tribunal de

¹⁴³³ LIMA, Fábio Eugênio Dantas Oliveira. TJ-PE – AI 0003321-29.2021.8.17.9000. Relator: Fábio Eugênio Dantas Oliveira Lima, Data de

Julgamento: 11/03/2021, 6ª Câmara Cível – Recife.

Justiça do Estado de Pernambuco Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima foi preciso ao evidenciar a necessidade de atuação imediata do órgão jurisdicional através da decisão liminar concessiva ao direito postulado pela parte autora, justamente em razão de que a espera pelo processamento e julgamento da causa, e sua inevitável demora, acarretaria em degradação da saúde da parte autora, concluindo ainda que, o direito a vida e as saúde se sobrepõem a discussão sobre os valores do procedimento/tratamento indicado.

Imagine, contudo, a situação ao avesso. O juízo deixa de conceder a medida liminar por lhe faltar convicção do direito sustentado pela autora, aguarda a realização de audiência de conciliação, apresentação de contestação, oitivas de testemunhas, realização de perícia médica, para ao fim restar comprovado a necessidade do internamento domiciliar, mas, a este tempo, a situação de saúde da demandante já está completamente modificada, apresentando quadro clínico muito mais complexo do que ao tempo da distribuição da causa.

Nesta situação, o tempo levado para se chegar a uma sentença de mérito justa ainda que grande pode ser considerado razoável ante ao alto grau de complexidade da causa. Mas não suficiente para satisfazer os ensejos dos jurisdicionados.

A demora na prestação jurisdicional, mesmo que considerada

razoável, terminou por depreciar o objeto da ação (saúde da parte autora).

A partir deste exemplo, resta evidente a importância das medidas liminares para a prestação jurisdicional eficaz e satisfatória, pois, de nada adianta proferir uma decisão justa que não trará resultados no mundo real.

O mesmo ocorre com diversos tipos de demandas no âmbito do direito médico, como causas que envolvam a obrigação de fazer de realizar procedimento cirúrgico, fornecimento de medicamentos, cobertura de exames, restabelecimento de planos de saúde, e tantos outros.

Nestes casos, o bem jurídico em discussão é a saúde, fundamento basilar para a efetivação do direito à vida e do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Sem o amparo para realização dos procedimentos, tratamentos e exames prescritos pelos médicos assistentes o indivíduo fica privado da efetivação de um dos pilares de todo o ordenamento jurídico brasileiro, conforme se observa do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

*III - a dignidade da pessoa humana;*¹⁴³⁴

¹⁴³⁴ BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 setembro 2020.

Em recente julgado acerca de responsabilidade do Estado no fornecimento de procedimento médico essencial e urgente para a manutenção da vida do paciente, a Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, considerou ser urgente a prestação jurisdicional, posto que em caso de não concessão da tutela requerida, a parte correria grande risco de perder a vida. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DO PROCEDIMENTO DENOMINADO ESTUDO ELETROFISIOLÓGICO COM ABLAÇÃO DE VIA ACESSÓRIA. PACIENTE HIPOSUFICIENTE, PORTADOR DE TAQUICARDIA POR REENTRADA ATRIOVENTRICULAR. EXISTÊNCIA SIMULTÂNEA DA PLAUSIBILIDADE DO DIREITO ALEGADO E DO PERIGO DA DEMORA. RECURSO DA PARTE AUTORA PROVIDO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA REFORMADA. 1. Agravo de Instrumento interposto pela parte autora, em face de decisão interlocutória proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Forquilha, que, nos autos da Ação Ordinária nº 0000326-51.2018.8.06.0077, indeferiu o pedido de tutela de urgência. 2. In casu, exsurge patente a verossimilhança das alegações vertidas na inicial, porquanto a solicitação médica acostada aos autos deixa claro que **o paciente necessita da realização do procedimento denominado "estudo**

eletrofisiológico com ablação de via acessória", em caráter de urgência, sob pena de "alto risco de morte súbita". 3. Comprovada a hipossuficiência do recorrente, que necessita com urgência do referido procedimento, compete ao poder público fornecê-lo, pois o Direito Fundamental à Saúde não admite escusas, mormente diante de quadros em que o próprio Direito à Vida está em risco. 4. Em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, não se aplica a Teoria da Reserva do Possível, principalmente considerando que os bens tutelados inserem-se no núcleo constitucional consubstanciador do "mínimo existencial", o qual, na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, e com balizas no princípio da dignidade da pessoa humana, goza de status de intangibilidade na estrutura do Estado Democrático de Direito. 5. Assim, por ser claramente necessário o procedimento médico em questão, com o fim de preservar a saúde e a vida do paciente, entende-se comprovado o *fumus boni iuris*, indispensável à concessão da tutela antecipada requerida. 6. Quanto ao segundo requisito, *periculum in mora*, pondero sua flagrante presença, sendo de se verificar a necessidade imediata do procedimento prescrito, a exigir pronta resposta do Judiciário, em vista de que, caso não se conceda no presente

momento a tutela de urgência requerida, sem o adequado e urgente tratamento, poderá o paciente perder a vida. 7. Logo, restando plenamente demonstradas a relevância da fundamentação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, há de ser provido o presente agravo, reformando-se a decisão de 1º grau, para conceder a antecipação dos efeitos da tutela. 8. Recurso provido. Decisão interlocutória reformada. **ACÓRDÃO:** Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso para dar-lhe provimento, tudo nos termos do voto do Relator. Fortaleza, data e hora indicadas pelo sistema. Presidente do Órgão Julgador. **DESEMBARGADOR LUIZ EVALDO GONÇALVES LEITE** Relator(grifos nossos).¹⁴³⁵

Neste caso, o demandante trouxe aos autos prescrição médica para realização de procedimento com urgência sob risco de morte do paciente caso esta não ocorra com brevidade, demonstrando de maneira inequívoca o perigo de demora. O Desembargador Relator, por sua vez, Dr. Luiz Evaldo Gonçalves Leite, considerou estarem presentes a verossimilhança das

alegações e o perigo de demora e, portanto, julgou acertada a utilização da decisão de tutela de urgência como meio de garantir a assistência jurisdicional em tempo razoável, destacando, ao final, que caso não fosse concedida a decisão pretendida, o paciente poderia até perder o seu bem jurídico mais valioso aguardando uma determinação judicial, em razão da inevitável demora de duração do processo.

Em julgamento do Agravo de Instrumento n. 2093724-92.2021.8.26.0000, o Desembargador Relator do Tribunal de Justiça de São Paulo, Dr. Issa Ahmed deu provimento ao Recurso Interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo para reformar a decisão de primeiro grau que indeferiu o pleito de tutela antecipada de urgência para que o Município de Socorro e a Fazenda Pública do Estado de São Paulo fossem compelidos a ofertar e custear atendimento médico com neuropediatra. Vejamos seus termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO.
Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação civil pública. Pretensão de oferta de atendimento médico com neuropediatra a criança, a fim de se concluir seu diagnóstico e iniciar o tratamento adequado. Insurgência do Ministério Público contra a r. decisão de primeiro grau que indeferiu a esperada

¹⁴³⁵ LEITE, Luiz Evaldo Gonçalves. TJ-CE - AI: 0621307-55.2019.8.06.0000 CE 0621307-55.2019.8.06.0000. Relator: Luiz Evaldo Gonçalves Leite, Data de Julgamento:

22/04/2020, 2ª Câmara Direito Público, Data de Publicação: 23/04/2020.

antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

Irresignação que prospera. Presentes os requisitos necessários à concessão da tutela de urgência (artigo 300 do CPC/205). Inexistência de vedação legal à concessão de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública. Tutela de urgência que tem por objetivo evitar o perecimento do direito. Suposta irreversibilidade dos efeitos da medida. Irrelevância. Causa que versa sobre interesse inadiável de paciente menor de idade, cujas condições de saúde não podem esperar a morosidade própria das etapas de um processo judicial. No embate concreto entre, de um lado, as prerrogativas Estatais relativas à gestão e uso dos recursos públicos, e, de outro, o melhor interesse de criança enferma, este prevalece, sobrelevando qualquer norma que crie obstáculo à antecipação de tutela. Observância aos princípios da proteção integral e prioritária, da intervenção precoce e da atualidade (artigo 100, incisos II, IV e VIII, do ECA, respectivamente). Recurso provido.¹⁴³⁶

O Desembargador Relator foi extremamente preciso ao explicar que as condições clínicas do paciente não poderiam aguardar a inevitável demora

de um processo judicial deste grau de complexidade.

Assim, diante da presença do perigo de demora, deu provimento ao recurso para reformar a decisão interlocutória de piso que indeferiu a tutela antecipada de urgência pretendida pelo autor, compelindo, então, as agravadas a oferecerem o custearem o tratamento necessário para a criança enferma.

E, ao final, ainda constatou que o direito à saúde e à vida da criança enferma deve ser sobrepesado em detrimento a gestão e uso dos recursos financeiros.

Mais uma vez, se constata, a utilização das decisões liminares como meio de prestar a assistência jurisdicional de maneira regular e célere em consonância ao princípio da razoável duração do processo.

É importante observar, que o instrumento aqui estudado também tem capacidade de surtir efeitos positivos no Poder Judiciário Brasileiro em demandas que envolvam o direito à vida e à saúde que tenham como parte demandada órgãos públicos.

Destaca-se ainda o acórdão a seguir do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do Agravo de Instrumento n. 0056349-28.2017.8.19.0000, de Relatoria da Desembargadora Mônica Soares, acerca do fornecimento de medicamento necessário à manutenção da saúde da autora:

¹⁴³⁶ AHMED, Issa. TJ-SP – AI: 2093724-92.2021.8.26.0000 SP. Relator: Issa Ahmed. Data de Julgamento: 26/07/2021.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. GARANTIA DE ACESSO UNIVERSAL E INTEGRAL AO DIREITO À SAÚDE. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DA DEMORA EVIDENCIADOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. Ação distribuída em 26/07/2017. Inaplicabilidade da tese do Superior Tribunal de Justiça que fixou os requisitos para a concessão de medicamentos que não integram a lista do SUS, no julgamento do REsp 1.657.156-RJ ao rito dos recursos repetitivos. 2. Probabilidade do direito restou demonstrada através dos documentos anexados aos autos de origem, especialmente os laudos médicos emitidos por médico do SUS, que comprovam a necessidade de uso contínuo dos medicamentos prescritos. 3. Perigo da demora que decorre da possibilidade de agravamento do estado de saúde da parte autora, não sendo razoável que espere por provimento de mérito, sem o fornecimento do medicamento indicado pelo médico assistente. **NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO.**¹⁴³⁷

Novamente, assim como nos julgados acima demonstrados, restou consignado que a espera por um provimento de mérito do processo para que houvesse o fornecimento e custeio do medicamento poderia acarretar no agravamento do quadro clínico da paciente e conseqüente perda do objeto da ação.

Assim, negou provimento ao recurso interposto pelo Município de Sorocaba, mantendo a decisão de primeiro grau que determinou o fornecimento e custeio do medicamento prescrito à autora.

Resta, portanto, devidamente demonstrado a importância das decisões liminares para a efetivação do princípio processual da razoável duração do processo. Os próprios Julgadores já se utilizam desta ferramenta para garantir a prestação jurisdicional célere e eficaz, cientes da demora do processo judicial no Brasil.

Dessa forma, levando em consideração o perigo de demora, proferem decisões liminares no sentido de garantir o tratamento necessário à manutenção da saúde e da vida do jurisdicionado até o julgamento final de mérito da ação.

Outro perfeito exemplo do conhecimento das medidas liminares como forma de realizar a prestação jurisdicional em tempo hábil e eficaz é o julgamento do Agravo de Instrumento a seguir exposto pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

¹⁴³⁷ SARDAS, Mônica de Farias. TJ-RJ - AI: 0056349-28.2017.8.19.0000. Relator: Des(a).

Mônica de Faria Sardas, Data de Julgamento: 05/02/2020, Vigésima Câmara Cível.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSURGÊNCIA DO MUNCÍPIO DE TUBARÃO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE CONCEDEU A TUTELA DE URGÊNCIA. CIRURGIA DENOMINADA ARTROPLASTIA TOTAL DO QUADRIL. DECLARAÇÃO MÉDICA ATESTANDO PIORA DO QUADRO EM CASO DE MOROSIDADE. URGÊNCIA RECONHECIDA. REQUISITOS PREENCHIDOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “A fim de caracterizar a urgência capaz de justificar a concessão da tutela provisória, o legislador falou em “perigo de dano” (provavelmente querendo se referir à tutela antecipada) e “risco ao resultado útil do processo” (provavelmente querendo se referir à tutela cautelar. [...] A tutela provisória é necessária simplesmente porque não é possível esperar, sob pena de o ilícito ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente, não ser removido ou de dano não ser reparado ou reparável no futuro. Assim, é preciso ler as expressões perigo de dano e risco ao resultado útil do processo como alusões ao perigo de demora. Vale dizer: há urgência quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do direito.” (Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2016.p. 382-383).¹⁴³⁸

Neste caso, a parte autora teve recomendação médica para realização de procedimento cirúrgico de artroplastia total do quadril, tendo expressado a necessidade de urgência na efetuação da cirurgia ante ao risco de piora quadro clínico da parte demandante. Por não conseguir agendar e proceder com a cirurgia pelas vias casuais, ajuizou ação em face o Município de Tubarão, requerendo a concessão da tutela antecipada de urgência para a realização do procedimento indicado pelo médico assistente.

O juízo de piso, ao receber os autos, deferiu o pedido liminar. Inconformado, o Município de Tubarão interpôs Recurso de Agravo de Instrumento no intuito de reformar a decisão concessiva de primeiro grau.

Alegou a inexistência de urgência que justificasse o descumprimento da fila de espera para efetuação da cirurgia.

Em sede de acórdão de Agravo de Instrumento, o recurso foi desprovido por unanimidade nos termos do voto do relator, mantendo a decisão de piso em todos os seus termos.

Justificou que a presença do perigo de demora está evidente diante do documento médico que indica à parte autora a realização do procedimento de artroplastia total do quadril e que a morosidade na sua

¹⁴³⁸ KNOLL, Júlio Cesar. TJ-SC – AI: 4025605-41.2017.8.24.0000. Rel. Des. Júlio Cesar Knoll.

Data de Julgamento: 22/05/2018. Terceira Câmara De Direito Público.

realização acarretará em piora no quadro clínico do paciente, fazendo com que o consumidor necessite de posterior realização do mesmo procedimento em outras partes do corpo.

Assim, a medida liminar foi utilizada com ferramenta para que o objeto principal da ação fosse segurado, conferindo ao jurisdicionado uma resposta satisfativa do Judiciário que garantisse o exame do mérito da maneira mais apurada e exaustiva possível sem que isto significasse ofensa ao princípio processual da razoável duração do processo.

Neste sentido, Eduardo José da Fonseca Costa foi preciso:

Não é difícil imaginar que, em casos como esses, os juízes se sintam bastante pressionados pelo drama que acomete o demandante e pelo tempo restrito de que dispõem para decidir. Por conseguinte, não é raro que em primeira instância essas medidas liminares sejam concedidas inaudita altera parte, já que geralmente as petições iniciais narram situações de tensão em que a vida do autor está por um fio. Ora, o bem jurídico aqui ameaçado é a vida e lesões à vida não são reversíveis. Logo, o grau de periculum in mora é máximo. Assim sendo, basta que o advogado – minimamente versado em linguagem emotiva – coloque sobre o colo do juiz a vida do seu cliente e curve o magistrado a um

*único raciocínio: “salve-se a vida; só após se discuta o direito”*¹⁴³⁹

O fato é que o *periculum in mora*, muitas vezes se faz suficiente para o julgador conceder um pleito antecipatório sem a oitiva da parte contrária, e isto ocorre porque o bem jurídico em jogo é a saúde e a vida do jurisdicionado. A omissão de uma tomada de decisão imediata ao receber os autos pode acarretar a perda do objeto da ação.

Ou seja, dessa forma, preserva-se a realização das obrigações necessárias para a tentativa de melhorar o quadro clínico de saúde da parte por quanto durar o processo, para durante sua instrução e dilação probatória chegar-se a uma conclusão sobre quem deve assumir responsabilidade daquela obrigação.

Partindo do pressuposto de que a decisão judicial tardia é ineficiente, as decisões interlocutórias das tutelas antecipadas são instrumentos de suma importância para a efetivação do princípio processual da razoável duração do processo, assim como, para a garantia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais à vida e a saúde, quando o enfoque for as causas envolvendo a realização de exames, tratamentos, procedimentos cirúrgicos, fornecimento de medicamentos e demais que visem assegurar o direito à assistência a saúde da parte.

¹⁴³⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O direito vivo das liminares. São Paulo: Saraiva, 2009. (p. 69).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio processual da razoável duração do processo tem bases não só no Código de Processo Civil de 2015, mas também na Constituição Federal de 1988, dizendo não só respeito à busca pelo arquivamento do processo em curto tempo, mas também, e principalmente, para que o mérito da causa seja solucionado, trazendo resposta efetiva e justa aos jurisdicionados em tempo razoável.

Restou demonstrado ainda que, para identificação do que é entendido como tempo cronológico razoável de duração do processo se faz necessário a análise caso a caso, tendo em vista as peculiaridades de cada causa. Como parâmetro, a doutrina pátria utiliza três preceitos objetivos estabelecidos pela Corte Européia de Direitos Humanos para analisar se o processo tem duração razoável: a complexidade da causa, o comportamento das partes e a atuação do órgão jurisdicional.

Sabe-se, contudo, que a perfeita e célere atuação dos órgãos jurisdicionais não depende apenas da boa vontade dos serventuários da Justiça. Infelizmente, há no Brasil um grande déficit de estrutura física e, principalmente de pessoas, no Sistema Judiciário que não equivale à quantidade de processos distribuídos todos os dias.

Diante dessa situação, faz-se necessário a utilização de instrumentos processuais para garantir que, quando o processo chegue ao seu fim, este traga uma resolução justa e eficaz para a questão levada ao Magistrado. Daí percebe-se a importância dos julgamentos liminares.

Esta possibilidade de concessão de uma tutela jurisdicional antes de terminada a relação processual é uma grande arma de garantia de prestação jurisdicional, ainda que o processo se dilate por tempo irrazoável.

Isto porque, mesmo que o processo termine por se alongar por tempo que ultrapasse o razoável, uma vez concedida a medida liminar, a tutela jurisdicional estará sendo aplicada, proporcionando às partes uma resposta, ainda que temporária, para o caso em apreço. Ao final da relação processual, quando o juízo proferir sentença de mérito, poderá confirmar a tutela antecipada concedida em decisão liminar ou mesmo revogá-la. Dessa forma, não se vislumbra prejuízo a qualquer das partes a possibilidade de uma decisão antecipada.

E como maior exemplo do uso das liminares para possibilitar um futuro julgamento de mérito eficaz aos jurisdicionados, temos as causas no âmbito do direito da saúde, posto que, muitas vezes, é preciso a prestação jurisdicional imediata para assegurar um quadro de saúde estável à parte e assim, a sentença, após toda a dilação probatória, além de justa, surta efeitos práticos, garantindo ao postulante o direito fundamental à vida, à saúde e a dignidade da pessoa humana.

Portanto, apesar de todas as dificuldades encontradas na realidade do Sistema de Justiça Brasileiro para a execução da perfeita prestação jurisdicional nos ditames principiológicos da Constituição Federal, bem como do Código de Processo Civil, que expressamente previu o princípio processual da razoável

duração do processo, que terminam ocasionando processos morosos, longos, sem resposta rápida e efetiva, é possível obter a efetivação do referido princípio processual por meio de instrumentos jurídicos previstos no próprio Código de Processo Civil.

Através de decisões liminares, é possível oferecer uma resposta rápida e eficaz ao jurisdicionado, mesmo que seja provisória. Destarte, com a utilização do referido instrumento processual não se faz necessário aguardar até o final da relação processual para obter uma sinalização do judiciário quanto a resolução da demanda.

Como demonstrado através dos julgados trazidos à tona, as decisões de tutela de urgência nos processos que envolvam o direito à vida e à saúde têm condão de assegurar que o mérito da causa possa ser exaurido no tempo necessário, sem que a demora afete na eficácia da sentença.

Isto porque a medida liminar garantirá a manutenção do estado clínico da parte nos moldes indicados pelo médico assistente. Assim, mesmo que o processo venha tomar demasiado tempo, o jurisdicionado não estará aguardando o Judiciário para que possa realizar determinado tratamento; ao contrário, com a concessão da tutela de urgência, haverá a realização do tratamento enquanto se discute no processo de quem é a obrigação de realizar aquele custeio, se o tratamento indicado é o mais correto para o caso em questão, dentre outras nuances.

As medidas liminares, portanto, trazem a possibilidade de o Poder Judiciário prestar assistência de forma

célere e eficaz, conforme preceituado pelo princípio da razoável duração do processo. E, assim, diante das citadas dificuldades do Poder Judiciário Brasileiro relativas a estrutura e pessoal, cabe aos julgadores proteger os bens jurídicos mais importantes, saúde e vida, ao longo do curso do processo, em detrimento a bens patrimoniais.

Como já explicado, evidentemente, em demandas que envolvam o direito à vida e à saúde, a ausência de resposta do judiciário de maneira rápida pode gerar a perda do objeto da lide. Portanto, é necessário o uso das decisões liminares, vistos que, este instrumento pode efetivar o princípio da duração razoável do processo, fornecendo resposta rápida aos jurisdicionados, preservando o bem jurídico maior em debate.

REFERÊNCIAS

- AHMED, Issa. *TJ-SP – AI: 2093724-92.2021.8.26.0000 SP*. Relator: Issa Ahmed. Data de Julgamento: 26/07/2021.
- ANNONI, Danielle. *O direito humano de acesso à Justiça em um prazo razoável*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.
- BELO, Duína Porto. *A razoável duração do processo como instrumento de acesso à justiça*. Revista Direito e Desenvolvimento. a. 1, n. 2, julho/dezembro, 2010.
- BRASIL, Código de Processo Civil. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Art. 4º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_

- 03/_ato2015-
2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso
em: 23 setembro 2020.
- BRASIL. Constituição 1988.
*Constituição da República
Federativa do Brasil de 1988*.
Brasília, DF: Presidência da
República, 1988. Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
Acesso em: 23 setembro 2020.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O
direito vivo das liminares*. São
Paulo: Saraiva, 2009.
- KNOLL, Júlio Cesar. *TJ-SC – AI: 4025605-
41.2017.8.24.0000*. Rel. Des.
Júlio Cesar Knoll. Data de
Julgamento: 22/05/2018. Terceira
Câmara De Direito Público.
- LEITE, Luiz Evaldo Gonçalves. *TJ-CE - AI:
0621307-55.2019.8.06.0000 CE
0621307-55.2019.8.06.0000*.
Relator: Luiz Evaldo Gonçalves
Leite, Data de Julgamento:
22/04/2020, 2ª Câmara Direito
Público, Data de Publicação:
23/04/2020.
- LIMA, Fábio Eugênio Dantas Oliveira. *TJ-
PE – AI 0003321-
29.2021.8.17.9000*. Relator: Fábio
Eugênio Dantas Oliveira Lima, Data
de Julgamento: 11/03/2021, 6ª
Câmara Cível – Recife.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS
AMERICANOS. *Convenção
Americana de Direitos Humanos*.
Pacto de San José de Costa Rica,
1969.
- PINHEIRO, Juliana Paschoal. *A
efetividade da tutela jurisdicional e
a atuação do magistrado na
perspectiva da cooperatividade*.
Rio de Janeiro. 2015.
- REIS, Wilson do Nascimento. *TJ-RJ - AI:
0076944-77.2019.8.19.0000*.
Relator: Des(a). Wilson do
Nascimento Reis, Data de
Julgamento: 12/02/2020, Vigésima
Sexta Câmara Cível.
- SARDAS, Mônica de Farias. *TJ-RJ - AI:
0056349-28.2017.8.19.0000*.
Relator: Des(a). Mônica de Faria
Sardas, Data de Julgamento:
05/02/2020, Vigésima Câmara
Cível.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário
contextual à constituição*. 7.ed.
São Paulo: Malheiros Editores,
2010.

ONLINE DISPUTE RESOLUTION- ODR EM MATÉRIA TRABALHISTA. EXPECTATIVA E REALIDADE NA SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO.¹⁴⁴⁰

**ONLINE DISPUTE RESOLUTION- ODR IN LABOR MATTERS. EXPECTATION AND REALITY IN
ITS CONTRIBUTION TO DEVELOPMENT.**

Thais Miranda Oliveira Magalhães

Pós-doutoranda em Direito - PPGDIR-UFES (Programa de Pós-graduação em Direito Processual, da Universidade Federal do Espírito Santo. Doutora em Direito- PPGSD-UFF (Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense). Mestre em Direito- pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Professora Adjunta de Direito e Processo do Trabalho, da UFRRJ-ITR (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro- Instituto Três Rios). Email: adv.thmiranda@gmail.com.

RESUMO: Vislumbrar novas possibilidades de acesso à justiça é sempre muito bem-vindo. Daí a importância de se compreender o instituto da ODR- *online dispute resolution*, ferramenta essa, cuja utilização no século XXI tem proporcionado a solução de conflitos nas mais variadas áreas, sobre as mais diversas questões, indo desde as relações de consumo, passando também por questões civilistas, tais como as controversias na área financeira, contratual, família, e até mesmo em direitos trabalhistas. E, é justamente sobre esse último que iremos nos dedicar, haja vista as particularidades inerentes à essa área específica do Direito. Dessa forma, serão trazidos aqui os resultados da pesquisa empírica envolvendo as ODRs em matéria trabalhista, de forma a esclarecer quanto ao cenário encontrado no Brasil no que se refere à sua utilização e, além disso, apresentar

a potencialidade desse instrumento para melhoria de qualidade de vida e promoção do desenvolvimento, na solução de conflitos trabalhistas.

PALAVRAS-CHAVE: Online Dispute Resolution; Solução de conflitos; Acesso à Justiça; Direito; Desenvolvimento.

ABSTRACT: Envisioning new possibilities for access to justice is always very welcome. Hence the importance of understanding the institute of ODR- *online discusses resolution*, a tool whose use in the 21st century has provided the solution of conflicts in the most varied areas, on the most diverse issues, ranging from consumer relations, also through civil issues, such as controversies in the financial, contractual, family, and even labor rights areas. And, it is precisely the latter that we will focus on, given the particularities inherent to this specific area of Law.

¹⁴⁴⁰ Artigo recebido em 29/05/2024 e aprovado em 11/02/2025.

Therefore, the results of empirical research involving ODRs in labor matters will be brought here, in order to clarify the scenario found in Brazil with regard to their use and, in addition, to present the potential of this instrument for improving the quality of life and promotion of development, in resolving labor disputes.

KEYWORDS: Online Dispute Resolution; Conflict resolution, Access to Justice; Law; Development.

INTRODUÇÃO

As *Online Dispute Resolution*-ODR tem se revelado uma opção aos cidadãos na busca de soluções de conflitos. Trata-se de uma ferramenta essencialmente *online*, não se confundindo com outros meios de solução de conflito tradicionalmente existentes (mediação, conciliação e arbitragem), entretanto, sem negar a possibilidade de utilização de tais meios para solucionar conflitos em linha.¹⁴⁴¹

Nota-se uma grande aceitabilidade social dessa ferramenta virtual para solução de controvérsias, por permitir comodidade, praticidade e agilidade ao usuário de tecnologia, o que tem levado à expansão desse

mecanismo de solução de conflitos, especialmente de forma extrajudicial.

E, justamente em razão da crescente utilização dessa ferramenta tecnológica na solução de conflitos, é que fez surgir o interesse em investigar quanto à aplicabilidade e viabilidade das ODRs em matéria trabalhista.

Portanto, após um ano de dedicação ao tema: “A solução de conflitos trabalhistas por meio da *Online Dispute Resolution*”, enquanto objeto de pesquisa empírica de estágio de pós-doutoramento, desenvolvido no PPGDIR-Programa de Pós-Graduação em Direito, da UFES-Universidade Federal do Espírito Santo, muitos foram os aspectos investigados, cujas apurações compuseram algumas publicações, cada uma dentro da finalidade proposta. Agora, por meio desse artigo, busca-se a apresentação do cenário das ODRs em matéria trabalhista no Brasil, de forma a sensibilizar quanto à sua potencialidade para o Direito e Desenvolvimento, embora sua utilização para fins de solução de conflito laboral se apresente ainda muito modesta.

1.COMPREENDENDO O CENÁRIO NACIONAL DE ATUAÇÃO DAS ONLINE DISPUTE RESOLUTION EM MATÉRIA TRABALHISTA

Resolution a Solução de Litígios: Da Qualidade à Efetividade dos Direitos.. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). ISSN 1982-7636. pp. 206-237. Disponível em: <www.redp.uerj.br >

¹⁴⁴¹ No próprio conceito de ODR para a resolução de controvérsias trazidas por litigantes, não há pureza na aplicabilidade de métodos resolutivos propícios diversos, sendo possível, portanto, a utilização da jurisdição estatal, a aplicação da conciliação, bem como a utilização possível da ODR para condução de um conflito com características do método arbitral ou de mediação como técnica aplicável a solução dos mesmos. Conteúdo extraído do artigo: GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. Online Dispute

Diante do interesse em conhecer quanto à aplicabilidade das ODRs em matéria trabalhista no Brasil, nos dispusemos a pesquisar sobre essa forma de solução de conflito em linha.

Assim, o referido tema se tornou o objeto principal da pesquisa realizada em estágio de pós-doutoramento, do Programa de Pós-graduação em Direito da UFES- PPGDIR-UFES, visando a compreensão da atuação das plataformas de ODRs em matéria trabalhista, no Brasil, abrangendo o período de junho de 2023 a maio de 2024.

Num primeiro momento, nos propusemos a identificar quais as plataformas de ODR estão em atuação no Brasil e, a partir daí, verificar quais delas se dispõem à solução de conflitos trabalhistas.

No ano de 2018, Camila Rosa e Mayara Guilbor Spaler, publicaram na Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, o artigo intitulado “Experiências Privadas de ODR no Brasil”¹⁴⁴², no qual relataram que após pesquisa junto à AB2L- Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs, foram por elas identificadas a existência de 17 empresas privadas de resolução de conflitos online, sendo elas:

i) Sem Processo; ii) Concilie Online; iii) Juspro; iv); Leegol; v) Find Resolution; vi) Justto; vii) Mediação Online; viii) Misc – Métodos Integrativos

de Soluções de Conflitos; ix) Resolv Já; x) Juster; xi) Melhor Acordo; xii) Acordo Fechado; xiii) Acordo Net; xiv) Mediartech; xv) D’acordo; xvi) Itkos Mediação Inteligente; e xvii) Quero Reclamar.Com.¹⁴⁴³

As referidas autoras se valeram da AB2L – Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs, enquanto ambiente de pesquisa, haja vista a participação das empresas de ODRs no Brasil, estar cada vez mais crescente nessa associação, por isso, a consideraram suficiente para traduzir o cenário de ODRs no Brasil, o que foi externado da seguinte forma:

o mercado jurídico brasileiro vem experimentando uma efervescência de empresas de Online Dispute Resolution (ODR), como esse tema é conhecido na literatura internacional. As empresas privadas de ODR são albergadas pela Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L), que surgiu em 2017 e já conta com 17 startups jurídicas que se autointitulam como provedores de serviços nesse segmento. É um crescimento exponencial em pouco tempo, o que denota a força

¹⁴⁴² SILVA, Lucas Jerônimo Ribeiro da. SILVA, Michael César. Formas tecnológicas de solução de conflitos I. Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial. Tema: Desafios da adoção da inteligência artificial no campo jurídico. SILVA, Michael César. CARVALHO, David França. SILVA, Lucas Jerônimo Ribeiro da.

Belo Horizonte: Skema Business School, 2020. Acesso em: www.conpedi.org.br.

¹⁴⁴³ ROSA, Camila; SPALER, Mayara Guilbor. Experiências Privadas de ODR no Brasil. In: Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Ano 3, Número 3, Dezembro de 2018, p.246.

*disruptiva da irrefreável marcha tecnológica.*¹⁴⁴⁴

Assim, para a realização de nossa pesquisa de campo, utilizamos como ponto de partida a relação de plataformas de ODRs identificadas pelas referidas autoras no artigo citado, publicado em 2018. Entretanto, estendemos nossa investigação para além desse ponto, por meio das seguintes etapas investigativas: Primeiro procuramos investigar quanto à permanência em atividade das plataformas de ODRs lá listadas; Depois, buscamos identificar possíveis outras plataformas hoje em atuação e ali não relacionadas; E, a partir daí, nos esforçamos em compreender quais delas possuem atuação na solução de conflitos trabalhistas e seu *modus operandi*, de forma a apurar quanto à contribuição das ODRs no acesso à justiça.

Como metodologia de pesquisa, optamos pela realização do contato direto com a plataforma, partindo da ideia de haver uma pretensão na obtenção do serviço de ODR para conflito trabalhista. Desta forma, foram realizadas consultas aos sites das plataformas digitais, se valendo das mesmas ferramentas de consulta disponíveis a qualquer cidadão interessado em se valer desse meio de solução de conflito, ou seja, os canais

disponibilizados para retirar dúvidas e submeter pedidos de solução de conflitos. Entretanto, o contato não foi realizado naquelas plataformas cujo site oficial deixa claro a não atuação na área trabalhista.

Em que pese o reconhecimento do potencial contributivo advindo das ODRs para a promoção da satisfação daqueles que se encontram com um conflito pendente, importante se faz observar que as ODRs não devem ser encaradas como uma alternativa salvadora das mazelas existentes no Poder Judiciário, pois conforme muito bem pontua Antônio Pereira Gaio Júnior, as

*ODR's, independente do modelo e método, não devem ser utilizadas com o objetivo principal de solução da denominada crise de morosidade do Serviço Público da Justiça, visando a redução da quantidade de processos existentes, mas sim como um meio propício de dar às partes uma solução mais adequada e justa aos seus conflitos de interesses, propiciando uma forma mais ampla de acesso à justiça, de modo a fornecer o mais básico dos direitos fundamentais.*¹⁴⁴⁵

Dessa forma, sem atribuir às ODRs o que não lhes é possível absorver, mas dentro da perspectiva de se tratar

¹⁴⁴⁴ ROSA, Camila; SPALER, Mayara Guilbor. Experiências Privadas de ODR no Brasil. In: *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. Ano 3, Número 3, Dezembro de 2018, p.246.

¹⁴⁴⁵ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Online Dispute Resolution a Solução de Litígios: Da Qualidade à Efetividade dos Direitos. In: *Revista*

Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). ISSN 1982-7636. pp. 206-237. Disponível em: <www.redp.uerj.br>

de uma ferramenta capaz de contribuir para a pacificação social, procuramos compreendê-las dentro do cenário nacional.

E, aqui nos cabe trazer a experiência vivenciada mediante contato com as plataformas de ODR, no que se refere à facilidade ou não ao acesso às informações pelas ditas plataformas. Isso porque, a opção em nos valermos das mesmas ferramentas dispostas por elas aos cidadãos, teve também como objetivo detectar a qualidade do acesso que é possibilitado, uma vez que a efetividade por meio da ODR, passa pela qualidade do acesso à informação, o que está atrelado ao acesso à justiça que precisa ser seu objetivo.

Então, verificamos se o serviço de *Online Dispute Resolution* que elas afirmam prestar em sua plataforma é de fácil acesso ao cidadão comum, já que é ele o destinatário de tal prestação, uma vez que as demandas por meio das quais as ODRs circundam, são as de menor complexidade, capazes de serem compreendidas e solucionadas em linha.

E, o que se constatou, em regra, é que as informações são insuficientes, as ferramentas disponíveis para sanar

dúvidas e prestar esclarecimentos, que variam de plataforma para plataforma, como e-mails, chat, whatssaps, nem sempre proporcionam respostas a contento, isso quando elas respondem.¹⁴⁴⁶ Portanto, pelo menos no que se refere à busca por soluções de conflitos voltados para área trabalhista, não nos deparamos com um acesso informativo de qualidade.

Tal aspecto da pesquisa decorre do fato de se considerar o acesso à justiça em seu conceito amplo, não restrito ao Poder Judiciário, mais possível de ser alcançado em todas as formas disponíveis ao cidadão, a fim de lhe proporcionar a ordem jurídica justa¹⁴⁴⁷. E, podemos afirmar que, no que tange à solução de conflitos trabalhistas, as Plataformas de ODRs ainda não se apresentam como uma excelente via de opção à solução dessa natureza de conflitos, a começar pela dificuldade de obtenção das informações necessárias, que se apresenta como um grande obstáculo ao acesso à justiça,¹⁴⁴⁸ para esse formato de solução de conflitos extrajudiciais. Mas, embora essa seja a constatação, trata-se de um obstáculo superável, o que para acontecer, requer empenho das empresas de plataforma,

¹⁴⁴⁶ Em que pese em regra a resposta às dúvidas suscitadas junto à plataformas investigadas, tenham sido muito ruim. Houveram algumas exceções, como é o caso da “Plataforma Itkos”, identificada no endereço eletrônico < <http://www.itkos.com.br> > que respondeu de forma satisfatória a todos os questionamentos apresentados por meio do contato de whatsapp por ela disponibilizado.

¹⁴⁴⁷ WATABABE, Kazuo. Acesso à Ordem Jurídica Justa- (conceito atualizado de acesso à justiça)

Processo Coletivo e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p.3.

¹⁴⁴⁸ A expressão: “Obstáculos ao Acesso à Justiça”, aqui nesse caso se referindo à desinformação ou dificuldade dela, nos remete à clássica obra intitulada “Acesso à Justiça”, de Cappelletti e Garth, que compôs o Projeto Florença desenvolvido na segunda metade século XX, por meio da qual se estabeleceu as ondas de acesso à Justiça, e que por meio de estudos atuais, partindo-se daquele, estudiosos em acesso à justiça promovem a investigação das ondas renovatórias do acesso à justiça.

o qual depende do interesse em atuar no ambiente trabalhista.

Como última etapa da pesquisa, constatada a atuação de determinada empresa de ODR na solução de conflito em linha na área trabalhista, procurou-se compreender o procedimento adotado nessas plataformas para solução da disputa.

Importante esclarecer que a referida pesquisa não se propôs a esgotar a investigação quanto ao número de plataformas de ODRs em atuação no Brasil, nem tão pouco estabelecer um resultado absoluto no que tange à atuação das plataformas de solução de conflito em linha, em matéria trabalhista. Assim, vale pontuar, que por se tratar de uma pesquisa modesta, sem nenhuma fonte de fomento, não se tem aqui a pretensão de exteriorização de dados absolutos, embora a investigação tenha sido realizada com todo cuidado e comprometimento compatíveis com a dedicação de um estágio de pós-doutoramento. Portanto, o resultado da pesquisa é sim capaz de retratar a realidade das ODRs trabalhistas no Brasil. No que tange às plataformas já identificadas na pesquisa das autoras Camila Rosa e Mayara Spaler¹⁴⁴⁹, foi realizada a análise individual atual de cada uma delas. E, além disso, outras plataformas atualmente em atuação foram identificadas, sobre as quais passou-se também à análise individual. Num primeiro momento buscou-se certificar quanto a permanência ou não em atuação das referidas plataformas de ODRs em tempos atuais e, num

segundo momento, a verificação quanto a atuação ou não em matéria trabalhista e seu modo de proceder, sendo esse nosso objeto principal.

Finalizado o levantamento proposto e organizados os dados coletados, constatou-se, portanto, o número de 20 (vinte) plataformas de ODRs atuando Brasil, dentre elas, 10 (dez) não atuam em matéria trabalhista; 2 (duas), não possibilitam essa informação, seja por site, e-mail, telefone, apesar das tentativas nos contatos disponibilizados, sendo elas as Plataformas “Juster” e “Resolve já”. Outras duas empresas, embora estejam inseridas na AB2L, onde se obtém informações básicas sobre elas incluindo o endereço eletrônico da plataforma, ao serem acessadas, constata-se não estar em atividade, apresentando a informação de domínio inexistente e até CNPJ inativo. Tratam-se das empresas “Misc” e “D`Acordo Mediações”. Assim, restaram 6 (seis) plataformas de ODRs em atuação em matéria trabalhista, sendo que 4 (quatro) delas condicionam sua atuação ao ajuizamento prévio de ações trabalhistas, de forma que a tentativa de composição se dá mediante processo judicializado, são elas: “Acordo Fechado”, “Sem Processo”, “Com Acordo” e “Acordo Net”. E as outras duas (“Itkos” e “Concilie Online”), informam atuar na busca de composição de conflitos trabalhistas tanto judicializados, quanto extrajudicialmente.

¹⁴⁴⁹ ROSA, Camila; SPALER, Mayara Guilbor. Experiências Privadas de ODR no Brasil. In: *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia*

da OAB-PR. Ano 3, Número 3, Dezembro de 2018,

No que se refere à Itkos, pôde-se constatar que o atendimento em matéria trabalhista não se consagra numa atuação em ODR propriamente dita. Isso porque, ao realizar o contato pelo whatsapp existente na plataforma e solicitar a solução de um conflito trabalhista, em resposta, por meio de contato humano, nos foi informado que a plataforma se propõe sim à solução de conflitos trabalhistas. Entretanto, nos disponibilizou o número de whatsapp de uma advogada trabalhista, mediante informação de que a tratativa se daria diretamente com ela. Contactando-a, foi esclarecido que através dela, seria possível uma tentativa de acordo extrajudicial trabalhista com a parte contrária, o qual poderia ou não ser submetido à homologação judicial, a depender da vontade das partes, e ainda se dispôs à propositura de uma reclamatória trabalhista. Verifica-se, portanto, que a atuação em ambiente de plataforma digital se limita ao fornecimento do contato da advogada, com a qual a parte travaria uma relação contratual convencional advogado/cliente, não se tratando de uma solução de conflito trabalhista por ODR, propriamente dita.

No que tange à plataforma “Concilie online”, como esta também afirma solucionar conflitos trabalhistas inclusive de forma extrajudicial, buscamos compreender o procedimento adotado, o qual está estabelecido, de forma breve e com vocabulário simples, na própria

plataforma, por meio das seguintes orientações:

1.1.Ficou mais fácil resolver conflitos e fechar acordos

Você recebeu uma ligação ou e-mail da Concilie Online? Entramos em contato com as partes para agendar uma sessão de conciliação.

Acessando a plataforma através do link enviado para você, é possível acessar sua sessão de conciliação e participar de qualquer lugar. Ficou mais fácil resolver conflitos sem sair de casa.

(,,)

1.1.1.Como funciona a representação do advogado no processo de conciliação?

*As partes que participam de um processo de conciliação podem contar com o suporte de um advogado, caso desejem. A plataforma conta com mediadores capacitados para realizar a conciliação e incentivar as partes para o acordo.*¹⁴⁵⁰

Portanto, de acordo com os esclarecimentos trazidos na plataforma¹⁴⁵¹, o início do procedimento se dá mediante a realização de um cadastro da parte interessada. A partir desse, será feito o contato com a parte contrária, convidando-a para a tentativa de composição, em sessão *online* a ser agendada. Portanto, trata-se de uma plataforma que se vale do atendimento por seres humanos, não se tratando de

¹⁴⁵⁰ CONCILIE ONLINE. Informações obtidas no endereço eletrônico: <
<https://www.concilie.com.br/lawyers-and-guests/#how-it-works>>. Acesso em 04 mar.2024.

¹⁴⁵¹ CONCILIE ONLINE. Informações obtidas no endereço eletrônico: <
<https://www.concilie.com.br/lawyers-and-guests/#how-it-works>>. Acesso em 04 mar.2024.

um atendimento robotizado na solução de conflito.

Em que pese o procedimento apresentado seja aparentemente único para toda e qualquer natureza de conflito submetido à plataforma, entramos em contato pelo whatsapp fornecido na página eletrônica da empresa, destinado à solucionar dúvidas e pedimos maiores detalhes sobre o *modus operandi*, especialmente para solução de conflito trabalhista, as mensagens foram recebidas, porém, não obtivemos resposta. Então, partimos do entendimento de que procedimento apresentado na plataforma e acima descrito, será adotado nas disputas trabalhistas também.

Importante se faz ressaltar que a pesquisa de campo foi realizada mediante dupla checagem e, visou inicialmente compreender a sistemática individual de cada plataforma e, numa segunda etapa investigativa, detectar quais delas atuavam em ambiente trabalhista, o que foi detalhado acima.

Fato é que poucas são as plataformas que se enveredam no ambiente de solução de conflito laboral, entretanto, tal constatação não significa dizer que o ambiente seria incompatível com tal ferramenta *online* de solução de conflitos, conforme se demonstrará a seguir.

1.1.AS ODRS EM MATÉRIA TRABALHISTA COMO MEIO DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO.

No que diz respeito aos resultados apurados na investigação quanto à atuação no Brasil, das ODRs em matéria trabalhista, uma questão que nos solta aos olhos é o fato de ser encontrado em site oficial de plataforma, a informação dela dispor a solucionar, em linha, conflitos trabalhistas, mas ao buscar tal ferramenta, detectar que o *modus operandi* adotado à solução de conflitos, não se enquadra no que seria genuinamente uma *Online Dispute Resolution*, na qual “a tecnologia deve ter papel essencial para que se configure uma Online Dispute Resolution.”¹⁴⁵²

Por mais que os esforços na solução de demandas sejam sempre bem-vindos, é preciso identificar e distinguir os meios e métodos utilizados.

*Dessa forma, utilizando as técnicas já aplicadas às ADR's (alternative dispute resolution), as ODR se tornam um mecanismo de disputa na qual o **papel da tecnologia é crucial** quanto ao resultado positivo na dinâmica entre as partes litigantes, tornando possível a resolução de uma demanda através do uso de características de um procedimento que só seria possível por meio do uso da tecnologia. Não obstante, diferentemente de como ocorre com as mediações e arbitragens online, a tecnologia para fins de*

¹⁴⁵² Online Dispute Resolution a Solução de Litígios: Da Qualidade à Efetividade dos Direitos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022 Periódico Quadrimestral

da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). ISSN 1982-7636. pp. 206-237. Acesso em: <www.redp.uerj.br >

ODR é definida como “quarta parte”.¹⁴⁵³ (destaque nosso).

Essa ideia de “quarta parte” é trazida originalmente por Daniel do Amaral Arbix, em sua tese de doutoramento intitulada: “Resolução de Controvérsia- Tecnologias e Jurisdições”¹⁴⁵⁴, na qual ele deixa claro tamanha a essencialidade da tecnologia para se definir algo como ODR.

Entretanto, conforme pontua Antônio Pereira Gaio Junior, no próprio conceito de ODR para a resolução de controvérsias trazidas por litigantes, não há pureza na aplicabilidade de métodos resolutivos propícios diversos, sendo possível, portanto, a utilização da jurisdição estatal, a aplicação da conciliação, bem como a utilização possível da ODR para condução de um conflito com características do método arbitral ou de mediação como técnica aplicável a solução dos mesmos.¹⁴⁵⁵

O que significa dizer que “o uso da tecnologia na transmissão de dados não é *per se*, característica de um procedimento, pois que, v.g mediações ou arbitragens *online*, são tão possíveis quanto *offline*.”¹⁴⁵⁶ Isso porque a política

do consenso, caracterizada, principalmente pela aplicação do sistema multiportas de solução de conflitos, em que se destacam as técnicas de Conciliação, Mediação e Arbitragem, encontra um terreno fértil com as tecnologias da informação, mas o fato de se utilizar tais métodos de forma *online*, não significa estar diante de um ambiente de ODR.

Nesse mesmo sentido, expõe Fernando Amorim que é “equivocado reduzir a definição dos meios de Resolução Online de Litígios a uma simples modalidade dos meios de Resolução Alternativa de Controvérsias.”¹⁴⁵⁷

Dessa forma, uma análise comprometida com o conceito de ODR depende de algumas características que deverão ser analisadas com o fim de estabelecer parâmetros conceituais ao instituto. Assim, as

ODR’s serão definidas por meio de uma classificação não taxativa,¹⁴⁵⁸ quanto ao grau de independência das decisões, acessibilidade, sincronização, iniciação do processo, meio que trata a interação, forma de

¹⁴⁵³ ARBIX, Daniel do Amaral. Resolução online de controvérsias – Tecnologias e jurisdições. Tese (Doutorado em Direito) 265pp. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

¹⁴⁵⁴ Idem.

¹⁴⁵⁵ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Online Dispute Resolution a Solução de Litígios: Da Qualidade à Efetividade dos Direitos. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in

mem.). ISSN 1982-7636. pp. 206-237. Acesso em: <www.redp.uerj.br >

¹⁴⁵⁶ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de Direito Processual Civil. 5ed. Londrina: Editora Thoth, 2023, p. 88.

¹⁴⁵⁷ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. A resolução online de litígios (odr) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. In: *Pensar*, Fortaleza, v.22, n.2, 2017, p.514.

¹⁴⁵⁸ Classificação obtida pelo texto ECKSHMIDT, Thomas; MAGALHÃES, Mario E. S.; MUHR, Diana. Do conflito ao Acordo na Era Digital (Meios Eletrônicos para Solução de Conflitos – MESC). 2. ed. Curitiba: Doyen, 2016, p. 119

resposta e quanto à execução da decisão. Vejamos: O grau de independência da decisão diz respeito ao controle sobre a evolução do conflito, podendo ser dividida em quatro pontos: independente: as partes chegam a uma conclusão sem necessidade de interferência de um terceiro, tal como ocorre na negociação direta; (ii) parcialmente independente: existe um terceiro, sem conhecimento técnico na área, que sugere às partes formas para solucionar o conflito, como normalmente ocorre na conciliação e em alguns tipos de mediação; (iii) totalmente dependente: há um terceiro, com conhecimento técnico na área, que resolve arbitrariamente o conflito, mesmo que isso não agrade a uma das partes, ou até mesmo a ambas, que é o que ocorre na arbitragem; e (iv) escalonado: é a combinação dos pontos anteriores, dos níveis mais independentes para os menos independentes ¹⁴⁵⁹ e ainda (v) o automatizado ou em aprendizado de máquina, empregando-se aí formas e níveis de inteligência artificial fraca e forte. ¹⁴⁶⁰

Portanto, o fato de uma plataforma digital afirmar ofertar ODR em matéria trabalhista, por si só não caracteriza a existência da referida alternativa de solução de conflito.

Importante esclarecer que tais apontamentos não decorrem de mero preciosismo conceitual, uma vez que sua identificação traz consequências de ordem prática, inclusive de cunho processual. E, é fato que a inserção das ODRs nos hábitos da sociedade, advém justamente da praticidade, comodidade, simplicidade e celeridade oriundas do ambiente de tecnologia. Logo, a tecnologia é sim parte fundamental e o grande diferencial, não podendo tal aspecto ser banalizado.

E, em que pese tenha ficado demonstrado na pesquisa, o quanto é modesta a atuação das ODRs em matéria trabalhista, acreditamos não haver incompatibilidade do Direito do Trabalho com o modelo de disputa em linha. Muito pelo contrário, já que em nosso entender, tal modelo pode sim ser extremamente útil na solução de controversas em ambiente laboral, até mesmo no curso da relação de emprego, de forma a proporcionar satisfação contratual com a manutenção dos vínculos empregatícios.

A Justiça do Trabalho é, sem dúvida, a principal porta de acesso à solução de conflito trabalhista. E, tem

¹⁴⁵⁹ ROSA, Camila; SPALER, Mayara Guibor. Experiências Privadas de ODR no Brasil. Disponível em: <file:///C:/Users/Principal/Documents/Documentos/Direito/Grupo de ODR'S/ExperiênciasPrivadasdeODRnoBrasil.pdf>. Acesso em 08.01.2022.

¹⁴⁶⁰ Online Dispute Resolution a Solução de Litígios: Da Qualidade à Efetividade dos Direitos.

Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). ISSN 1982-7636. pp. 206-237. Disponível em: <www.redp.uerj.br>

nas demandas de Direito Individual do Trabalho a figura do cidadão-desempregado como grande usuário desse serviço público, já que a maior parte das demandas trabalhistas, se referem às cobranças de verbas rescisórias do extinto contrato de trabalho, bem como de verbas salariais e indenizatórias geradas dessa relação ora extinta.¹⁴⁶¹

Entretanto, tais demandas podem sim serem submetidas à disputa em linha, tanto em processos já judicializados, quanto em pleitos ainda não formalizados judicialmente.

No que se refere ao primeiro, a participação dos respectivos advogados das partes, conforme já trazido no item anterior, tem sido considerada indispensável para aquelas plataformas que condicionam a solução de conflitos trabalhistas à judicialização da demanda. E, nessas circunstâncias, havendo êxito na tentativa de acordo via ODR, o instrumento acordado será submetido ao processo judicial trabalhista existente, para fins de homologação judicial.

Quanto ao segundo, embora a aplicabilidade da ODR em matéria trabalhista, sem processo judicial prévio, seja pouco utilizada pelas plataformas digitais, não há óbice algum para que seja ela implementada.

Então, caso alguma plataforma se proponha a tal questão, não estaria com base nessa opção, agindo contrariamente à lei, já que a reforma trabalhista oriunda da Lei 13.467/2017, tratou de inserir a alínea “f”, no artigo 652, a, da CLT, de forma a prevê a possibilidade de homologação judicial, de acordo trabalhista firmado extrajudicialmente, cujo pedido judicial se trata de procedimento de jurisdição voluntária, estabelecido do artigo 855-B a 855-E, da CLT, a seguir descritos:

CAPÍTULO III-A

DO PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

(Incluído pela Lei nº
13.467, de 2017)

Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

¹⁴⁶¹ De acordo com os resultados externados no Relatório da Pesquisa “Justiça em Números 2023”, encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça ano a ano, na “Justiça do Trabalho, com 10% do total de processos ingressados, há uma concentração no assunto “rescisão do contrato de trabalho” – o maior quantitativo de casos novos do Poder Judiciário. Os outros assuntos que aparecem com frequência, tanto

nos dados gerais quanto por instância, são: duração do trabalho, verbas remuneratórias, indenizatórias e benefícios, contrato individual de trabalho e responsabilidade civil do empregador.”, p. 274. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>>. Acesso em 24 mai. 2024.

§2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Todavia, é importante frisar que o magistrado não está obrigado à

homologação do acordo firmado entre as partes, cujo teor será por ele avaliado. Por isso, é preciso muita atenção com relação à qualidade dos acordos firmados, especialmente no que tange aos direitos indisponíveis nele versados.

Portanto, a qualidade do conteúdo firmado em sede de acordo extrajudicial, observando sempre o Princípio da Proteção sobre o qual se apoia o Direito do Trabalho, é fator fundamental para se ter êxito na pretendida homologação judicial.

Conforme esclarece Mauro Schiavi “os juízes deverão ter grande sensibilidade em analisar acordos extrajudiciais e avaliar, no caso concreto, a extensão da quitação, bem como a pertinência ou não da homologação.”¹⁴⁶²

Todavia, é completamente possível submeter uma questão trabalhista à solução de conflito em linha e, posteriormente levá-lo ao Poder Judiciário competente para fins de homologação judicial dos termos ali firmados.

Fato é que a possibilidade de questões trabalhistas serem submetidas à *Online Dispute Resolutions*, implica na existência de mais uma via optativa de acesso à justiça, por meio da qual se busca a promoção da pacificação social e a satisfação dos direitos, especialmente nesse ambiente cuja cultura do litígio é a regra.

Todo esse contexto, possibilita-se que as ODRs trabalhistas sejam um vetor de contribuição para a promoção

¹⁴⁶² SCHIAVI, Mauro. *Manual Didático de Direito Processual do Trabalho*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 820.

do desenvolvimento do país, atuando na política do consenso e contribuindo para que direitos sociais, especialmente os relacionados no artigo 7º da Carta Constitucional, se concretizem. Isso porque, à medida em que se verifica a realização desses direitos fundamentais, outros bens da vida, serão consequentemente alcançados.

Uma grande possível utilidade das ODRs, está em se valer de seu caráter consensual no curso da relação de emprego, de forma resolver a questão jurídica que se incorporaria ao contrato de trabalho em curso, possibilitando a preservação do emprego.

Nesse sentido, as ODRs estariam cumprindo um papel desenvolvimentista social, por meio do Direito, uma vez que elas proporcionariam a aplicação do Direito do Trabalho no curso do contrato de trabalho, estancando as insatisfações e contribuindo para o desenvolvimento do país, por meio da preservação do emprego e renda, uma vez que possibilitaria a solução de controvérsias entre cidadão-empregado (e não desempregado) e empregador, viabilizando a continuidade harmônica da relação empregatícia.

E, considerando que o conceito de desenvolvimento não se apresenta unicamente sob o aspecto do desenvolvimento econômico, torna-se oportuno trazer os ensinamentos de

Antônio Pereira Gaio Júnior, o qual, em sua Teoria de Processo e Desenvolvimento,¹⁴⁶³ nos sensibiliza para a conscientização de que o conceito de desenvolvimento vai além da ótica tradicional de crescimento econômico, relacionando-se também com a perspectiva de um avanço significativo no quadro das políticas sociais voltadas à cultura de melhoria das condições daquela sociedade destinatária de tais políticas.¹⁴⁶⁴

Assim, as ODRs podem servir como um instrumento potencializador, capaz de proporcionar melhoria de qualidade de vida ao cidadão comum,¹⁴⁶⁵ especialmente o cidadão com pendências trabalhistas e que por uma questão sócio-cultural e histórica brasileira, tem na Justiça do Trabalho a única porta de solução à insatisfações laborais, ainda que essas ditas insatisfações, possam ser pontuais, não complexas e de fácil solução entre partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme já tivemos a oportunidade de externar, as *Online Dispute Resolutions*, são uma realidade e tem sido percebidas como via de solução de conflitos dentro do território brasileiro. Tanto é verdade que nossa pesquisa constatou a existência de 20

¹⁴⁶³ Como sugestão: GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Processo Civil, Direitos Fundamentais Processuais e Desenvolvimento. Flexos e reflexos de uma relação*. 3ed., Londrina: Editora Thoth, 2024.

¹⁴⁶⁴ GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ed. Londrina: Thoth, 2023, p.46.

¹⁴⁶⁵ O Desenvolvimento por meio do Processo é o ponto central da Teoria de Processo e Desenvolvimento, lapidada pelo Professor Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior há longo de mais de duas décadas. A título de sugestão C.f. GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Processo Civil, Direitos Fundamentais Processuais e Desenvolvimento*. 3ed. Londrina: Thoth, 2024.

(vinte) plataformas de ODRs em atuação.

O contexto social atual da vida moderna, na qual se busca cada vez mais a dinâmica nas relações, otimização do tempo e das soluções às questões cotidianas, encontra na tecnologia um forte aliado. E, justamente por isso, fez surgir o interesse em compreender a solução de conflitos trabalhistas em linha no Brasil, haja vista as particularidades desse ramo do Direito, especialmente no que tange à celeridade necessária à resolução das questões.

Partimos de um conceito de ODRs pautado no entendimento de que a tecnologia é essencial para sua caracterização, e que o fato de se utilizar de instrumento tecnológico para se realizar mediação, conciliação ou arbitragem, não significa estar diante de uma ODR.

Assim, torna-se oportuno comentar que instrumentos disponibilizados nas páginas oficiais dos Tribunais Regionais do Trabalho, identificados como “Reclamações Pré-Processuais” - RPP e a “Homologação de Transação Extrajudicial”-HTE, não se incluem no conceito de ODRs, já que a tecnologia pode ser dispensada e as referidas medidas adotadas tranquilamente de forma presencial. Da mesma forma e pela mesma razão, não se incluem no conceito de ODR, as audiências *online* realizadas pelo Poder Judiciário no curso das ações.

Em nossa pesquisa de campo realizada, ficou demonstrado que as

Online Dispute Resolutions ainda não são uma realidade muito palpável em matéria trabalhista. Entretanto, isso não significa que o referido instrumento não possa servir também a esse ramo do Direito, seja na solução de conflitos em decorrência da extinção do contrato de emprego, seja até mesmo no curso da relação laboral, de forma a estancar conflitos em fase inicial e possibilitar inclusive a continuidade da referida relação empregatícia.

Tais aspectos possuem relação direta com as políticas desenvolvimentistas necessárias ao alcance da melhoria de qualidade de vida ao cidadão ¹⁴⁶⁶. Isso porque à medida em que se obtém um ambiente mais harmônico nas relações laborais, com satisfação de ambos os lados (empregador e empregado), com efetivo cumprimento das obrigações por ambas as partes contratadas, verifica-se que se torna mais próxima a efetivação dos fundamentos sobre os quais se pauta a República Federativa do Brasil, os quais se encontram afirmados logo no artigo 1º da Constituição Federal de 1988. E, para esse contexto, frisa-se especialmente, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inc. IV), por meio dos quais promove-se a dignidade da pessoa humana (inc. III) fazendo, por consequência, com que se opere o verdadeiro significado da cidadania (inc. II).

Portanto, acreditamos no potencial contributivo e satisfatório das ODRs em matéria trabalhista, percebendo na consensualidade e

¹⁴⁶⁶ Frase cunhada por Antônio Pereira Gaio Júnior, como essencial à compreensão de sua “Teoria do Processo e Desenvolvimento”, que

iniciou-se em 2002, recebendo desde lá sua intensa dedicação.

celeridade inerentes a essa forma de solução do conflito em linha, atributos capazes de possibilitarem realizar aquilo a que o Direito se propõe que é ser capaz de tornar as pessoas mais felizes ou menor infelizes!¹⁴⁶⁷

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. A resolução online de litígios (odr) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. In: *Pensar*, Fortaleza, v.22, n.2, 2017,
- ARBIX, Daniel do Amaral. Resolução online de controvérsias – Tecnologias e jurisdições. Tese (Doutorado em Direito) 265pp. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.
- CARVALHO, David França. SILVA, Lucas Jerônimo Ribeiro da. Belo Horizonte: Skema Business School, 2020. Acesso em: www.conpedi.org.br.
- CONCILIE ONLINE. Informações obtidas no endereço eletrônico: <<https://www.concilie.com.br/lawyers-and-guests/#how-it-works>>. Acesso em 04 mar. 2024.
- ECKSHMIDT, Thomas; MAGALHÃES, Mario E. S.; MUHR, Dia na. Do conflito ao Acordo na Era Digital (Meios Eletrônicos para Solução de Conflitos – MESC). 2. ed. Curitiba: Doyen, 2016.
- GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ed. Londrina: Editora Thoth, 2023.
- _____. Processo Civil, Direitos Fundamentais Processuais e Desenvolvimento. 3ed. Londrina: Editora Thoth, 2024.
- _____. Online Dispute Resolution a Solução de Litígios: Da Qualidade à Efetividade dos Direitos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). ISSN 1982-7636. pp. 206-237. Disponível em: <www.redp.uerj.br>
- ITKOS < <http://www.itkos.com.br>> que respondeu de forma satisfatória a todos os questionamentos apresentados por meio do contato de whatsapp por ela disponibilizado.
- JUSTIÇA, CONSELHO NACIONAL DE. *Justiça em Números 2023*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>>. Acesso em 24 mai. 2024.
- ROSA, Camila; SPALER, Mayara Guilbor. Experiências Privadas de ODR no Brasil. In: *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. Ano 3, Número 3, Dezembro de 2018.
- SCHIAVI, Mauro. Manual Didático de Direito Processual do Trabalho. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

¹⁴⁶⁷ GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ed. Londrina: Editora Thoth, 2023, p. 48.

SILVA, Lucas Jerônimo Ribeiro da. SILVA, Michael César. Formas tecnológicas de solução de conflitos I. Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial. Tema: Desafios da adoção da inteligência

artificial no campo jurídico. SILVA, Michael César.

WATABABE, Kazuo. Acesso à Ordem Jurídica Justa- (conceito atualizado de acesso à justiça) Processo Coletivo e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p.3.

FATO E PROVA NOS RECURSOS EM SEGUNDA INSTÂNCIA - VIESES COGNITIVOS E REFLEXÕES URGENTES.¹⁴⁶⁸

FACT AND EVIDENCE IN APPEALS IN SECOND INSTANCE - COGNITIVE BIASES AND URGENT REFLECTIONS

William Santos Ferreira

Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado e Coordenador da Área de Processo Civil do Depto. II na Faculdade de Direito da PUC-SP; Coordenador da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Imobiliário da PUC-SP; Membro da Internacional Association of Procedural Law (IAPL) e do Instituto Ibero-Americano de Derecho Procesal (IIDP); Vice-Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); Líder do grupo de pesquisa “Processo Civil: Tradições, transformações e perspectivas avançadas (TTPA)”. Advogado e Consultor Jurídico; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5513373440133954>. Artigo vinculado ao Projeto de Pesquisa “Direito Probatório: tradições, transformações e perspectivas avançadas”. E-mail: wsf@wfjf.com.br.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivos a identificação dos problemas e a apresentação de propostas para a solução das questões de fato e a realização da produção de provas em segunda instância, atendendo à razoável duração dos processos e à eficiência. Por meio do método dedutivo constatamos que em sede recursal há uma valorização da análise das questões de direito e uma redução ou ausência de preocupação, efetiva, com as questões de fato; por isso devemos estudá-las, também, no âmbito recursal, inclusive demonstrando a importância do tratamento dos *factus superveniens*, *jus superveniens*, provas novas e deveres poderes instrutórios dos desembargadores e vieses cognitivos, avaliando os impactos da constatação de que estes ao não terem contato prévio com o processo, precisam ser estimulados por outros meios para que

atuem nas questões de fato, chegando também na análise da realização de instrução em segunda instância quando necessário, sob pena de violação da lei federal e cabimento de recurso especial, concluindo ainda que há uma opção legislativa que mudou o paradigma e, portanto, havendo necessidade de produção de novas provas, a valoração ocorrerá exclusivamente na segunda instância, o que ainda hoje não é tão amplamente observado nos tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Processo; Prova; Fato; Recurso; Vieses.

ABSTRACT: The purpose of this article is to identify the problems and to present proposals for the solution of the issues of fact and to carry out the production of evidence in second instance, taking into account the reasonable duration of the processes and the efficiency. Through

¹⁴⁶⁸ Artigo recebido em 21/01/2025 e aprovado em 19/02/2025.

the deductive method, we found that, in the appeal, there is an appreciation of the analysis of questions of law and a reduction or absence of effective concern with the issues of fact; that is why we must study them, also in the scope of appeals, including demonstrating the importance of treating *factus superveniens*, *jus superveniens*, new evidence and duties of process, cognitive biases, they need to be stimulated by other means to act in matters of fact, also arriving at the

analysis of the conduct of instruction in second instance when necessary, under penalty of violation of the federal law and special appeal, concluding that there is a legislative option that changed the paradigm and, therefore, if there is a need to produce new evidence, the valuation will occur exclusively in the second instance.

KEYWORDS: Process; Evidence; Fact; Appeal; Biases.

INTRODUÇÃO

A solução das questões de fato representa um grande desafio para a eficiência do processo. As dificuldades para identificação do que efetivamente ocorreu e que precisa ser não somente “identificado”, mas submetido ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, não podem ser esquecidas. O emprego adequado dos meios de prova, ampliam positivamente o conjunto probatório.

Por outro lado, um conjunto probatório deficitário apresenta inúmeros riscos, pois se esgotadas as possibilidades será aplicável a solução para evitar o *non liquet* instrutório, que é a definição pelo ônus da prova (art. 373, do CPC) que nada de esclarecimento do fato tratará, pois não significa qualquer juízo de valoração, mas sim ausência deste. Define-se não o fato probando, mas quem é atingido prejudicialmente pelo seu não esclarecimento, enfim, considera-se não provado.

Outro risco é que o conjunto deficitário decorra de cerceamento do direito de defesa (de qualquer das partes) na primeira instância, pelo que

imporá reconhecimento e produção da prova obstaculizada, provocando inúmeras etapas em relação à prova: deferimento, produção, valoração e fundamentação.

Esta situação não se esgota em atividades na primeira instância, recebendo um tratamento extremamente relevante também na segunda instância, ainda mais em um sistema recursal que privilegia a *não recorribilidade interlocutória imediata* (por agravo de instrumento), mas sim, em regra, a recorribilidade em geral das decisões interlocutórias concentradas ao final, em sede de apelação, o que provoca uma *ampliação de temas probatórios* em sede de apelação na segunda instância.

1. AS INOVAÇÕES DO CPC E A GRAVIDADE DO MAU TRATAMENTO DAS QUESTÕES DE FATO NO ÂMBITO RECURSAL

O recurso, em relação às decisões de mérito, ocorre pelo que se pode denominar genericamente de “apelação plena” ou “apelação

limitada”, em que naquele recurso é possível, posteriormente ao julgamento em primeira instância, ampliar o acervo probatório, sendo a opção por um ou outro, uma decisão de política legislativa.¹⁴⁶⁹

Mas, as opções técnicas não se limitam à ampliação ou não das provas, mas também acerca da possibilidade de valoração, independentemente do julgador que participou da produção. Sistemas que valorizam este aspecto adotam com rigor a *immediatez* em que o juiz deve não somente participar ativamente da produção da prova, como vincula-se a ser o julgador das questões de fato.¹⁴⁷⁰

No Brasil foi adotado o sistema de “apelação plena” (apelação ou agravo de decisão parcial de mérito) em que ao tribunal é transferida toda matéria impugnada pelo recorrente, envolvendo questões de fato e de direito e inclusive sobre a necessidade ou não de realização de prova ou reiteração (admissibilidade), como também sua produção, valoração e fundamentação decisória, não havendo para os julgadores no âmbito recursal uma vinculação a qualquer matéria decidida e valorada na primeira instância,¹⁴⁷¹ isto é, não há restrições ou inalterabilidade

do decidido, salvo nas hipóteses em que há preclusão (como nos casos de decisões interlocutórias agraváveis em relação às quais não foi manejado oportunamente o recurso).

Se o direito probatório ainda não é tão considerado pela doutrina nacional, o que se dirá de seu tratamento no âmbito recursal, em que há uma flagrante supervalorização das *questões de direito*, ainda mais em tempos de busca de “padrões decisórios” para orientação e controle prévios das assessorias de desembargadores nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, bem como observância de súmulas e implementação de *soluções para recursos repetitivos* e de admissão da força normativa dos precedentes.¹⁴⁷²

Em relação às *questões de fato*, a padronização, a artificialidade nos julgamentos que não analisam a fundo o conjunto probatório é um perigo seríssimo, uma violação complexa do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, direitos fundamentais.

No âmbito recursal não analisar crítica e cuidadosamente o conjunto probatório ou não apresentar fundamentos consistentes para identificação dos elementos

¹⁴⁶⁹ ASENJO, Ana Isabel Pérez. “La valoración de la prueba en segunda instancia”, in *Aspectos problemáticos em la valoración de la prueba civil*, Coord. ABEL LLUCH, Xavier e PICÓ I JUNOY, p. 142/143.

¹⁴⁷⁰ ABIÁN, Rosario Herrera. *La inmediación como garantía procesal*, p. 66/67. A autora destaca que há sistemas em que seria possível a revisão pelo tribunal de apelação em casos extremos e assim mesmo envolvendo exclusivamente a valoração realizada na instância inferior de modo absurdo ou ilógico. No Brasil, com o CPC de 1973, estas características

eram identificadas no denominado “princípio da identidade física juiz” (art. 132. não repetido no CPC), mas que não impedia o julgamento amplo das questões de fato e de direito no tribunal (art. 515, CPC/73).

¹⁴⁷¹ ASENJO, Ana Isabel Pérez. “La valoración de la prueba en segunda instancia”, in *Aspectos problemáticos em la valoración de la prueba civil*, Coord. ABEL LLUCH, Xavier e PICÓ I JUNOY, p. 147.

¹⁴⁷² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 319 e ss.

justificadores da solução das questões de fato é, sem rodeios, *denegação de justiça, recusa de julgamento*.

Uma decisão que deve julgar as questões de fato analisando o *conjunto probatório* (princípio da unidade probatória¹⁴⁷³⁻¹⁴⁷⁴ ou “massa de provas” na expressão dos ingleses e americanos¹⁴⁷⁵), e assim não procede, não somente viola o dever-poder de convencimento motivado (art. 371, do CPC)¹⁴⁷⁶ e de fundamentação¹⁴⁷⁷ (489, § 1º, do CPC), mas também sepulta o direito à prova, assegurado no CPC pelo art. 369, que registra ostensivamente que o *direito à prova é das partes* e não do Poder Judiciário.

¹⁴⁷³ “O princípio da unidade probatória assegura *coerência* e *completude* à decisão judicial. Em relação às questões de fato, garante uma decisão coerente com o conjunto probatório dos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), já que às partes assegura que o julgador não deixará de considerar todas as provas relevantes existentes nos autos e as regras – ligadas a prova – incidentes no momento do julgamento (presunções – incluindo máximas da experiência, ficção jurídica e provas legais) (FERREIRA, William Santos, *Princípios Fundamentais da Prova Cível*, p. 262).

¹⁴⁷⁴ “...a *coerência* se dá entre a *cognição judicial* e o *conjunto probatório* (unidade) e não entre os elementos integrantes deste, considerando que determinados resultados alcançados pelos meios de prova podem ser conflitantes entre si, cabendo ao juiz decidir com base no livre convencimento motivado, podendo afastar determinados resultados, fundamentadamente, assegurando a visão de conjunto, o que não pode é *desconsiderar* elemento relevante” (FERREIRA, William Santos, *Princípios Fundamentais da Prova Cível*, p. 262).

¹⁴⁷⁵ O destaque é de Echandia: “Para una correcta apreciación no basta tener em cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que realmente le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios, reunidos em el proceso,

Michele Taruffo¹⁴⁷⁸ enumera as razões determinantes da necessidade de fundamentação das decisões judiciais: “Il primo riguarda il principio per cui il giudice è indipendente. (...). Il secondo punto riguarda il principio di legalità delle decisioni giudiziarie. (...). Il terzo punto riguarda le garanzie processuali delle parti, ossia essenzialmente la garanzia della difesa”.

Às três razões determinantes expostas por Taruffo¹⁴⁷⁹, independência-legalidade-garantia de defesa, deve ser incluída uma quarta, que é a *legitimação* (jurídica e política) da interferência estatal na vida das pessoas, impedindo que se utilizem da autotutela na mesma

tomados em su conjunto, como una “massa de pruebas”, según la expresión de los juristas ingleses i norteamericanos. (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, p. 290)

¹⁴⁷⁶ “La sexta regla de la sana crítica, entonces, dice: examina los medios en su conjunto y coordínalos con los hechos para obtener una solución única. Aquí tenemos presente el principio de unidad probatoria” (FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba – Civil. Comercial. Laboral penal. Administrativa*, p. 582/583).

¹⁴⁷⁷ Es indispensable analizar las varias pruebas referentes a cada hecho y luego estudiar (...) los diversos hechos, es decir, “el tejido probatorio que surge de la investigación”, agrupando las que resulten favorables a una hipótesis y las que por el contrario la desfavorezcan, para luego analizarlas comparativamente, pesando su valor intrínseco y, si existe tarifa legal, su valor formal, para que la conclusión sea una verdadera síntesis de la totalidad de los medios probatorios y de los hechos que en ellos se contienen.” (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, p. 290)

¹⁴⁷⁸ “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”, in *Participação e processo*, p. 42/43.

¹⁴⁷⁹ *Idem, Ibidem*.

medida em que, como contrapartida, assegure-lhes uma decisão fundamentada que interferirá nas suas vidas. Toda fundamentação de uma decisão judicial é a indispensável justificativa da invasão estatal. Sem fundamentação não há interferência estatal legítima.

Como já destacado, é fundamental a identificação da “falta” “de fundamentação” e “de legitimação jurídica e política” da decisão judicial.¹⁴⁸⁰

Historicamente, o *livre convencimento motivado* conduziu a um desvirtuamento da função do Poder Judiciário no plano probatório, a ponto da *persuasão racional* ser confundida com uma titularidade da prova pelos julgadores e justificar a adoção de terminologias genéricas aplicáveis por chapas decisórias.¹⁴⁸¹

Os juízes de primeira instância que analisam o conjunto probatório, mas que acreditam que o momento da fundamentação é uma perda de tempo, “já que estão convencidos”, inutilizam uma excelente oportunidade para:

i) *Dialogar* com efetiva qualidade com o tribunal, pois um juiz de primeira instância que fundamenta a solução das questões de fato blinda sua decisão de equívocos de assessorias de tribunais, ou até de análises mais apressadas no

segmento recursal, uma vez que o enfrentamento por recorrentes (sem razão), ou por julgadores em segunda instância, provocará um esforço hercúleo que muitos sequer enfrentarão os fundamentos da valoração por absoluta inutilidade. Enfim, A FUNDAMENTAÇÃO é o CANAL DE DIÁLOGO do juiz de primeira instância, emissor do julgamento de alto nível, demonstrando todo seu comprometimento, inclusive para com as partes e o próprio tribunal; é a exteriorização do juiz vocacionado e dedicado à tão elevada função social.

ii) *Aplicar uma técnica refinada de autocontrole*, porque o juiz que analisa todo o conjunto probatório tem inúmeras convicções que vão se formando mentalmente, mas, quando é obrigado a concretizá-las com fundamentos escritos, passa por um último momento, o de *autocontrole*, que estimula a análise crítica das convicções, permitindo identificar falhas e aprimorar ou até modificar conclusões probatórias.

Finalmente, para esta primeira etapa de reflexões, merece destaque uma questão também muito delicada e ligada à efetiva “gestão instrutória de

¹⁴⁸⁰ FERREIRA, William Santos, *Princípios Fundamentais da Prova Cível*, p. 296/297.

¹⁴⁸¹ “Outro problema é o do generalismo do discurso decisório e a falta de fundamentação. Quando o juiz declara que se convenceu, mas não procede a qualquer especificação da prova, (...) inexistente fundamentação, (...) alegações

genéricas (...) não significam a demonstração do convencimento – rigorosamente, não significam nada – o que viola não somente o inc. IX do art. 93 da CF e o (...) [art. 489, II, do CPC], como também o determinado no (...) [art. 471, do CPC]... (FERREIRA, William Santos, *Princípios Fundamentais da Prova Cível*, p. 296).

processos”. Como as decisões interlocutórias probatórias, em regra, não serão recorríveis por agravo de instrumento, os tribunais seguramente recebem processos com “severas questões probatórias”, que não poderão ser simplesmente “formalmente tratadas” como julgamento de apelação tradicional, pois dependerão de “sanabilidade instrutória”, o que importará comumente em *produção e valoração de provas* no segmento recursal.

É o que veremos a seguir.

2.FUNÇÃO DOS JULGADORES NAS QUESTÕES DE FATO NO ÂMBITO RECURSAL

No âmbito recursal, decisões de *mérito* (da demanda) dão-se em fase de apelação (referente às sentenças) ou de agravo (em relação às decisões interlocutórias de mérito) com competência de apreciação e julgamento por órgão colegiado, sendo que o objeto cognoscível no tribunal envolve tanto *questões de direito* quanto *de fato* (§ 2º do art. 941 do CPC).

O julgamento das *questões de fato* impõe a valoração do conjunto probatório – o que é realizado primariamente pelo relator a quem cabe apresentação de relatório e voto –, no mínimo, a principiar as reflexões dos demais integrantes da turma julgadora, não havendo mais no sistema processual civil brasileiro a figura do revisor.

Neste ponto vale um destaque importantíssimo: em órgãos colegiados, atualmente, apelação e agravo de instrumento têm apenas “1” (um) integrante da turma julgadora com *dever*

de *análise dos autos* e elaboração de voto, que é o relator.

Desta maneira, as sessões de julgamento são complementadas por “2” (dois) julgadores que, usualmente, *não possuem contato com os autos*, nem dever de reflexão prévia.

Qualquer um dos julgadores, isoladamente, inclusive o próprio relator, não se considerando habilitado a decidir imediatamente, pode “solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias” (*caput* do art. 940 do CPC), sendo reincluído em pauta, salvo solicitação de prorrogação por mais 10 (dez) dias ao presidente do órgão fracionário (§ 1º do art. 940 do CPC).

Neste quadro, os papéis dos julgadores são muito distintos.

Se é correto afirmar que, para *questões de direito*, uma vez que o relator apresente seu relatório e seu posicionamento, via de regra, os demais julgadores (sem contato prévio) até podem manifestar posição própria de *direito* (v.g., qual o prazo prescricional para cobrança de verbas condominiais); também é correto dizer que, em relação às *questões de fato*, há uma ausência de *valoração probatória* por julgadores que não tiveram contato prévio com os autos.

No Brasil, o *modelo de julgamento colegiado* para aferição no âmbito probatório de “vícios”, “valoração” e “decisão fática fundamentada” é de *confiança* na apreciação do relator, o que significa um julgamento *monocrático* no âmbito recursal, com aval dos demais julgadores, por *inércia de dissidência*.

Os demais julgadores, diante de *situações especiais* – normalmente destacadas pelas partes em

sustentação oral (não sem propósito admitidas em apelações e agravos de decisões interlocutórias de mérito¹⁴⁸² – arts. 1.009 e 1.015, II, do CPC) – ou mesmo, posteriormente, em embargos de declaração, é que se aprofundam e, então, podem acabar inaugurando uma *dissidência*.

Nos casos de sustentação oral, entrega de memoriais e percepção de temática em razão do próprio voto do relator, o segundo e o terceiro julgadores têm o *dever-poder* de análise e deliberação sobre:

- i) *necessidade e utilidade de provas* não admitidas na primeira instância (em regra, transferida a matéria para o tribunal via apelação de decisões interlocutórias), sendo o art. 370 do CPC aplicável a todos os julgadores;
- ii) *inadmissibilidade de provas* que devem ser desconsideradas no momento da valoração,
- iii) *errônea ou deficitária produção de provas* na primeira instância, cabendo a determinação de instrução, nos termos do art. 370 do CPC;
- iv) *produção da prova* – diligências no tribunal ou na

primeira instância (§ 3º do art. 938 do CPC);

v) *valoração da prova*, observando o disposto no art. 371 (CPC); e

vi) incidência do *ônus da prova* (373, I e II, do CPC), inclusive em razão da *distribuição dinâmica do ônus da prova* (373, §§ 2º a 4º, do CPC), nos casos de não esclarecimento, quando esgotadas as condições instrutórias.

3. Os DEVERES-PODERES INSTRUTÓRIOS PRÉVIOS DO RELATOR PARA JULGAMENTO DE QUESTÕES DE FATO E OS DEVERES-PODERES DOS DEMAIS JULGADORES (DEFERIMENTO E PRODUÇÃO DA PROVA – PARTE 1)

No plano de realização ou renovação de atos instrutórios, o CPC expressamente determina que o relator tem o dever-poder¹⁴⁸³ de identificar “a necessidade de produção de prova” e monocraticamente converter o julgamento em diligência (na etapa de saneamento de vícios relacionados à

¹⁴⁸² Em que pese o art. 937 não mencionar o cabimento de sustentação oral no agravo de instrumento referente às decisões interlocutórias de mérito, estes têm o mesmo conteúdo e relevância da sentença, sendo uma “descumulação” de demandas para fins de julgamento já viável de parte do mérito, sendo que para garantir o contraditório e a ampla defesa e especialmente o tratamento isonômico (aos casos em que julgados por sentença), a

sustentação oral é um direito e uma técnica fundamental quando envolver especialmente questões de fato.

¹⁴⁸³ José Américo Zampar Jr. concorda com esta posição de não se tratar de apenas poder, mas de um dever-poder instrutório, em monografia específica sobre o tema da produção de provas em sede recursal (*Produção de Provas em Sede Recursal*. p. 91)

prova), preparatória para o julgamento colegiado, conforme § 3º do art. 938.¹⁴⁸⁴

Em relação à necessidade de produção de prova, são vaso-comunicantes as disposições do §3º do art. 938 com as do art. 370, isso porque é dever-poder do juiz (de primeira instância) e do relator (em segunda instância) a identificação da necessidade e utilidade de produção de provas.

Claramente, o que se pretende com a regra é evitar que o relator precise levar o tema imediatamente ao colegiado, para, somente após deliberação colegiada, realizar atos de produção de prova. Há, aqui, um comando que visa *otimizar os trabalhos* e, como regra, entender razoável a *complementação probatória* por juízo monocrático. Claro que, havendo equívoco e lesão, a parte atingida poderá manejar o agravo interno a fim de enviar, por exceção, a matéria para debate no colegiado.

Mas, ainda no § 4º (do art. 938), não foi ignorado que o relator pode equivocar-se, de modo a não determinar monocraticamente nem no seu voto a “necessidade de produção de prova”, o que não afasta, por mecanismo de *dissidência* do segundo e do terceiro julgadores, a identificação e a determinação da produção: “§ 4º Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§ 1º e 3º poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso.”

Por conduta padrão, é razoável que *questões de fato* fiquem com apenas um integrante (relator). Contudo, diante de elementos que denotam complexidade do conjunto probatório (o que pode até ser sustentado antes pelas partes junto a todos os desembargadores) ou mesmo de falhas que somente poderão ser apuradas pelas partes após o julgamento no tribunal (sendo impugnáveis por *embargos de declaração*), é possível não haver “apenas” identificação de necessidade de provas ou apreciação do conjunto probatório pelo relator, mas também – e substancialmente – pelos demais integrantes do colegiado julgador.

O que se observa, então, são 6 momentos relacionados à prova:

- i) requerimento;
- ii) deferimento (ou determinação);
- iii) produção;
- iv) valoração
- v) fundamentação (momento da decisão) e
- vi) ônus da prova (se não esclarecidos os fatos).

Nem sempre a ordem é a acima enumerada. Por exemplo, na prova documental, normalmente há requerimento e produção simultâneos, antecedendo o deferimento pelo juiz, já que o controle judicial da juntada aos autos se dá posteriormente.

O comum, no processo civil, é que todas as fases da prova ocorram na primeira instância, perante órgão monocrático.

¹⁴⁸⁴ “938. § 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no

tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução”.

Mas, e quando há um vício, um indeferimento indevido de prova (inclusive por interlocutórias apeláveis)?

Bem, a resposta é que o (in)deferimento ou a má produção de provas também são matérias que podem ser levadas para o tribunal (em segunda instância) analisar – o que, novamente, colocam o relator e o segundo e o terceiro juízes em momento de deliberação sobre *deferimento* ou *indeferimento de provas*.

Se observada cuidadosamente a competência do relator estabelecida no inciso I do art. 932 do CPC, perceber-se-á que é atribuída ao relator¹⁴⁸⁵: “I.. ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção da prova...”

Isto significa que, se identificada a necessidade de prova, a *produção competirá ao relator* no próprio tribunal (por exemplo: nomeação de perito e realização de prova pericial); ou, se demonstrada a maior eficiência da realização em primeira instância, assim se dará; porém, a prova produzida retorna para o tribunal, *sem qualquer valoração pelo juízo inferior*, pois se trata de mera abertura de “diligência” e

posterior “retomada” para julgamento no tribunal.

Da mesma forma, em atenção ao contraditório e à ampla defesa se determinada de ofício ou deferida uma prova, cabe oportunidade para eventual *contraprova* da parte contrária,¹⁴⁸⁶ sempre que demonstradas necessidade e utilidade.

Conforme o já citado § 3º: “§ 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição”.

Com este posicionamento, no sistema processual brasileiro optou-se, nos casos em que isto é possível, pelo *isolamento do saneamento da produção probatória* em relação aos demais atos do processo, em que a *produção* não realizada ou realizada erroneamente prejudica a posição processual da parte e induz a uma solução de saneamento necessário.¹⁴⁸⁷ Isto se dá sem “anulação” do processo e sem retorno integral para processamento e sentença pelo juízo *a quo*¹⁴⁸⁸. É o que Luigi Paolo Comoglio,¹⁴⁸⁹ analisando o princípio da

¹⁴⁸⁵ “Assim como ocorre no processamento das causas em primeiro grau de jurisdição, também nas ações de competência originária dos tribunais e nos recursos, o órgão jurisdicional dispõe de poderes de direção, ordenação e instrução. No caso destes, entretanto, é útil desde já assentar que a competência é do tribunal, que pode delegá-la a órgãos fracionários no exercício de sua competência exclusiva de dispor sobre normas de governo interno (CF, art. 96, I, a). (DANTAS, Bruno. *Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 926 a 1.072 – Parte Especial*, p. 61).

¹⁴⁸⁶ AMARAL, Paulo Osternack. “Produção de provas em fase recursal”, in *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 3, n.1, p. 296.

¹⁴⁸⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*, p. 169/170.

¹⁴⁸⁸ “Reconhecida necessidade de produção de prova, não ordenada anteriormente, pode o tribunal determinar a sua realização (art. 370, CPC/2015). Instruído o feito, os autos devem retornar para o julgamento. Se o relator não determinar as providências concernentes ao art. 938, CPC/2015, qualquer membro do colegiado pode suscitar a questão. Também as partes, a propósito, podem fazê-lo, inclusive durante a sessão de julgamento.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 237).

¹⁴⁸⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*, p. 168.

economia processual e sua orientação de custo-benefício na fase instrutória, denominou como imperativo de *racionalização do rigor formal*.

O vício é sanado pela *produção*, mas a retomada para *valoração* e *julgamento* permanece no tribunal,¹⁴⁹⁰ salvo nos casos em que o vício não esteja na produção probatória, mas, por exemplo, na inexistência da citação do réu.

Em interessante acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, mesmo antes do CPC, em julgamento de 19/05/2019, por voto do relator Des. Carlos Alberto Garbi,¹⁴⁹¹ em apelação em que se discutia sobre contrafação e concorrência desleal envolvendo desenho industrial e concorrência desleal, por votação unânime, foi suspenso o julgamento da apelação, entendendo que era possível a determinação pelo relator da conversão do julgamento em diligência para que novos elementos permitissem a elucidação da demanda, especialmente diante de perícia que se entendeu inconclusiva. Foi determinada a realização de perícia, que uma vez encerrada, os autos deveriam ser devolvidos ao Tribunal, para continuidade do julgamento.

Continuando o tema. A atividade de dissidência dos demais julgadores pode se instalar não exclusivamente em relação à *valoração*, mas, também, na

necessidade de instrução (ou não!) no âmbito recursal – a exemplo da determinação de uma *segunda perícia*.

Claramente, a sistemática processual brasileira moderna opta pela realização de atos no plano probatório sem anulação. Desta forma, impede-se que haja retorno do procedimento para a primeira instância – ainda mais diante de todas as vicissitudes decorrentes de um erro *in procedendo* probatório que anularia o processo (de modo a retornar para uma etapa morosa na primeira instância, com todo o desgaste de tempo inerente) – e para o julgamento por um juiz que provavelmente não mudará sua decisão (“convicção”) no plano fático.

Este último ponto merece um destaque: juízes de primeira instância que têm sua sentença de mérito anulada por cerceamento do direito de defesa, têm um tendência humana natural a considerar a prova determinada uma inutilidade e a manter sua decisão anterior até como forma de demonstrar para o tribunal que não estavam errados (*viés cognitivo de ancoragem*), mesmo que a prova realizada indique outra solução, tendem a valorizar detalhes superficiais e equivocados que indiquem algo no sentido que expuseram e minimizar ou reputar irrelevantes para solução pontos indicativos contrários à posição tomada anteriormente (*viés de confirmação*), o

¹⁴⁹⁰ “(...) reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator ou o órgão colegiado competente, converterá o julgamento em diligência para a conclusão da instrução, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição. Finalizada a diligência, o recurso será decidido (...), o que a lei quer é que não se anule sentença, nem se rejeite recurso, diante de

instrução incompleta da causa. Integrada a instrução, o recurso será decidido pelo mérito, evitando, (...), nova sentença e nova apelação.” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Novo Código de Processo Civil anotado*, p. 1.024).

¹⁴⁹¹ TJSP - Apelação nº 0010634-33.2008.8.26.0048, 10ª Câ. Dir. Privado, j. 19/05/2015.

que demonstra que julgadores de primeira instância são *juízes parciais* e não podem atuar como juízes instrutores ou juízes julgadores novamente, pois já atuaram e o que se faz atualmente no sistema recursal brasileiro é *julgamento* no tribunal e a *instrução* a ser realizada não deve se dar pelo juiz cuja decisão foi contrária àquela tomada no tribunal. O risco de instruções desmotivadas ou indutoras da demonstração de correção de uma decisão anterior recorrida são *riscos delicadíssimos* que não são admissíveis.

A parcialidade identificada se o julgador já proferiu decisão é provocadora de *impedimento* (art. 144, II, CPC), que equivale ao juiz que já proferiu decisão e está impedido de atuar em outro grau, lembrando que a reabertura deve ser acerca da mesma estrutura instrutória e decisória. Se o processo retorna por falta de citação de litisconsorte, por exemplo, o juiz não estará impedido. Mas para aqueles que eventualmente não concordarem com a posição, não terão como deixar de reconhecer a *suspeição* decorrente do art. 145, IV, CPC, já que o juiz de uma maneira ampla é *interessado na causa*, como ser humano que é, que não represente a confirmação de erros, vícios em sua decisão no plano instrutório e das questões de fato.

Portanto, instruções determinadas pelo Tribunal em sede recursal devem ser cumpridas por *outro juiz* que não o da instrução e/ou do julgamento. Este é um *tema sensível* que não pode ser desprezado, pois as partes têm direito a um *juiz imparcial não*

somente na decisão, mas também durante atividades instrutórias.

3. “FATOS NOVOS”, “DIREITO SUPERVENIENTE”, “FORÇA MAIOR”, “PROVA NOVA” E OS DEVERES- PODERES INSTRUTÓRIOS PRÉVIOS DO RELATOR PARA JULGAMENTO DE QUESTÕES DE FATO E OS DEVERES-PODERES DOS DEMAIS JULGADORES (DEFERIMENTO E PRODUÇÃO DA PROVA – PARTE 2)

O presente item é profundamente relacionado ao anterior, mas há o destaque porque “fatos novos” (*factum superveniens*), “direito superveniente” (*jus superveniens*) e “prova nova” são praticamente “não temas” no âmbito recursal; apesar de que, uma vez compreendidos (sendo identificada sua importância) e aplicados, incidirá o regime jurídico tratado no item anterior para deferimento e produção de prova.

Determina o art. 493 do CPC genericamente, isto é, não exclusivamente para o âmbito recursal: “Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, *caberá* ao juiz *tomá-lo em consideração*, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.”

Primeiramente, *fatos novos* não envolvem nulidade sanável,¹⁴⁹² mas sim

¹⁴⁹² COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*, p. 180/181.

necessário contraditório quando surgem, com adequação do procedimento à sua realização, sob pena de inviabilização do direito da parte à prova (arts. 493, 369, 932, I c/c art. 469, todos do CPC).

Portanto, são fatos *supervenientes* e não provas *supervenientes*.¹⁴⁹³ Novamente a questão se coloca no âmbito recursal – o que representa fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito a influir no julgamento de mérito no procedimento recursal –, sendo dever-poder (de acordo com o termo “cabará”, expresso no artigo 370 do CPC) do julgador tomá-lo em consideração (de ofício ou a requerimento) sempre, ouvindo previamente as partes, a fim de evitar decisões surpresa (parágrafo único do art. 493, do CPC). Tal função deve ser desempenhada pelo relator (art. 932, I, CPC), sem prejuízo de controle; porém, no caso de descumprimento, deve ser desempenhada pelos demais integrantes da turma julgadora – seja por agravo interno (se oriundo de decisão monocrática), seja por dissidência na sessão de julgamento ou no julgamento dos embargos de declaração.

O ponto mais difícil de ser implementado é o seguinte: se o *fato* é *novo*, deve ser admitida a produção de provas para sua demonstração – seja pelo interessado na sua consideração, seja pela parte contrária em negá-lo –, claro que sendo consideradas a

necessidade e a utilidade da prova do *fato superveniente* (art. 493, parágrafo único c/c arts. 370 e 932, I – CPC) e não pode ficar *restrita* à mera prova documental!

Conforme já julgado no Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁹⁴: “a constatação de fato superveniente que possa influir na solução do litígio deve ser considerada pelo Tribunal competente para o julgamento, sendo certo que a regra processual não se limita ao juízo de primeiro grau, porquanto a tutela jurisdicional, em qualquer grau de jurisdição, deve solucionar a lide na forma como se apresenta no momento do julgamento”.¹⁴⁹⁵

Outra situação é a incidência do art. 1.014: em que as questões de fato não propostas no juízo inferior podem ser apresentadas na apelação, mas a parte precisa provar “que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”.

Podem ser alegáveis em sede de recurso para a segunda instância¹⁴⁹⁶:

- i) matérias cognoscíveis de ofício (porque estas não demandariam nem pedido);
- ii) que permitam a arguição a qualquer tempo (art. 342, III, do CPC aplicável a ambas as partes, não apenas ao réu);
- iii) suscetíveis por terceiro prejudicado;

Especificamente sobre as questões de fato, se não houver as referidas autorizações para serem

¹⁴⁹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Breves Comentários ao NCPC*, p. 1.245.

¹⁴⁹⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Breves Comentários ao NCPC*, p. 1.243.

¹⁴⁹⁵ STJ, RMS 30.511/PE, 5ª T. rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho., j. 09.11.2010, DJe 22.11.2010.

¹⁴⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, p. 455.

suscitadas, ainda haverá a possibilidade das partes apresentarem as questões de fato não propostas no juízo inferior, desde que demonstrem o *motivo de força maior* que justifica não ter sido suscitada em primeira instância perante o juízo *a quo*.

A primeira hipótese é o *fato superveniente* (art. 493 do CPC), como acima já foi tratado.

Também estão autorizados os fatos que embora ocorridos *antes* ou *depois* da primeira instância a *parte ainda não tinha ciência* deles ou *estava impossibilitada de comunicar* o advogado por motivo alheio à sua vontade,¹⁴⁹⁷ como ressalva José Américo Zampar Jr.: “não se deve confundir fatos dos quais se teve ciência superveniente (art. 1.014) com fatos ocorridos de modo superveniente (arts. 493 e 933)”,¹⁴⁹⁸ por isto diz-se que são “alegação nova de fatos velhos”.¹⁴⁹⁹

Retomando a hipótese de não ter alegado o fato, há um ponto relevantíssimo: demonstrado o *motivo de força maior*, a parte tem o direito de produzir a prova, como já dizia Barbosa Moreira (2013, p. 456) com precisão cirúrgica: “Provado o motivo de força maior, abre-se naturalmente à parte o ensejo de produzir prova do(s) fato(s) a que se refere a arguição. Seria, com efeito, inane a permissão de suscitar questões novas, em tal hipótese, sem a

correlata e necessária autorização para a prática de atos instrutórios”.

E qual deve ser o procedimento?

Deve ser o estabelecido atualmente no CPC: ou determina-se a produção no próprio Tribunal ou que seja realizada no juízo de primeira instância a produção da prova, mas com devolução ao Tribunal para que o órgão colegiado prossiga o julgamento do recurso.

Haverá também o dever-poder instrutório se qualquer das partes obtiver *prova nova* (não, necessariamente, fato novo) cuja existência ignorava ou da qual não pode fazer uso, capaz de lhe assegurar pronunciamento favorável.

Agora a situação não é mais envolvendo a alegação fática (o fato poderá ter sido alegado!), mas sim a *prova* acerca deste fato ser *nova*, a regra aplicável é encontrada no Código de Processo Civil, no inciso VII do art. 966¹⁵⁰⁰, referente às causas de rescindibilidade, mas que também é aplicável no âmbito recursal, porque, se esta conjuntura justifica até ação rescisória para apresentação da prova, o mesmo se dirá no caso em que a mesma situação ocorra no segmento recursal, antes do trânsito em julgado (quem pode o mais - em sede rescisória -. pode o menos - em sede recursal de 2ª instância -).

Poderia ser cogitado o motivo da utilização deste dispositivo e não do

¹⁴⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, p. 456.

¹⁴⁹⁸ ZAMPAR JR., José Américo. *Produção de Provas em Sede Recursal*, p. 122.

¹⁴⁹⁹ DIDIER JR, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 190.

¹⁵⁰⁰ Art. 966 (...) VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; (claro que não há que se falar no âmbito recursal de “trânsito em julgado”).

relacionado aos meios de prova. Isto ocorre porque, como se deu a evolução da ação rescisória, que antes só tratava de “documento novo”, em que pese já na vigência do CPC/1973 já havia doutrina sustentando a leitura “prova nova” ao invés de “documento novo”¹⁵⁰¹, agora o mesmo fenômeno ocorre no CPC que somente trata do documento novo no parágrafo único do art. 435;¹⁵⁰² mas não havendo em geral restrição entre os meios de prova para o convencimento do julgador (art. 371 do CPC), e sendo plenamente hipóteses temporais as que congregam outros meios de prova (ex.: testemunha conhecida posteriormente), nada justifica não serem admitidos todos os meios de prova. É por conta disso, e não por outro motivo, que na ação rescisória a temática já está superada admitindo *prova nova* (e não documento novo!) e esta peculiaridade também diz respeito à prova nova e o direito à sua produção, inclusive no âmbito recursal.

4. DEVERES- PODERES DE VALORAÇÃO DA PROVA NO ÂMBITO RECURSAL

Superado o debate sobre a necessidade ou não de produção de provas no âmbito recursal, diante do conjunto probatório, surge o momento para apreciação das provas – aqui sim trata-se propriamente de solução das

questões de fato – em que há o *convencimento motivado*, visto que os julgadores não estarão vinculados a valorações abstratamente previstas na legislação, ausentando-se as provas legais como regra (incidindo o disposto no art. 371 do CPC também no âmbito recursal), como mera projeção em etapa de recorribilidade do dever-poder de valoração para julgamento de questões de fato.

Segundo o referido art. 371 do CPC, competirá ao julgador, no caso no julgamento de apelação ou agravo (se de mérito se tratar), apreciar “a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido”, indicando “as razões da formação de seu convencimento” na decisão.

Esta função é desempenhada – de forma exclusiva – pelo relator preliminarmente, o que provoca 2 (duas) possibilidades de *valoração da prova* pelos segundo e terceiro julgadores (ou demais integrantes no caso de técnica de julgamento ampliado – art. 942):

- i) *Valoração indireta* da prova no âmbito recursal, que ocorre pela análise, pela valoração e pelo voto do relator – sem que haja dissidência dos demais julgadores –, configurando um *julgamento por adesão*;

juntada posterior de documentos *formados após a petição inicial ou a contestação*, bem como dos que se *tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos*, cabendo à parte que os produzir *comprovar o motivo* que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º.

¹⁵⁰¹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 262.

¹⁵⁰² Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos *documentos novos*, quando destinados a fazer *prova de fatos ocorridos depois dos articulados* ou para *contrapor-los aos que foram produzidos nos autos*. Parágrafo único. *Admite-se também a*

ii) *Valoração direta* da prova no âmbito recursal, que ocorre por meio da análise própria pelos segundo e/ou terceiro julgadores do conjunto probatório para:

- a. Divergindo do relator, externarem seus votos próprios acerca das questões fato (dissidência na solução das questões fáticas); ou
- b. Aderirem ao voto do relator quanto à conclusão, mas com valoração própria.

A dissidência pode ser provocada pelas partes em *memoriais* e *sustentação oral* (se anterior ao julgamento), ou no decorrer do julgamento colegiado em que há uma omissão em relação ao conjunto probatório – desconsiderando as provas dos autos (art. 371 do CPC) –, o que representa a não apreciação da prova após o julgamento colegiado. É daí que ocorre o cabimento de embargos de declaração sustentado na omissão de análise (integral ou parcial) do conjunto probatório, o que viola o disposto no art. 371 do CPC combinado com o art. 489, §1º, II, III e IV, do CPC.

É de fundamental importância a percepção de que os embargos de declaração apresentados com fundamento na *omissão* do relator, em relação ao conjunto probatório, atraem imediatamente a análise direta dos demais integrantes do colégio julgador e, conseqüentemente, o não enfrentamento da *tese apresentada especificamente pelo recorrente* precisa ser analisado e julgado por *todos* os 3 (três) integrantes.

De nada adiantaria a parte ter o direito à produção de prova (art. 369 do CPC), se a este não estivesse integrado o *direito à consideração judicial* da prova produzida (art. 371 do CPC).

É inadmissível e equivocada a posição de alguns julgados ao afirmarem que a análise do conjunto probatório ou de provas indicadas como relevantes e com potencialidade para, em tese, infirmar a decisão, por meio de embargos declaratórios questionando a omissão do julgado, seriam uma “omissão externa” passível de outro recurso que não os embargos declaratórios.

O art. 1.022, II trata genericamente de omissão, não cabendo qualquer restrição, porque o objetivo deste recurso é justamente a *completude da decisão*, ainda mais quando o art. 489, § 1º impõe que não se considera fundamentada a decisão que “IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. O referido comando normativo é claro neste dever-poder do julgador que não se afasta apenas porque cabe “outro” recurso (como apelação, agravo, recurso especial ou recurso extraordinário, dependendo do caso), pois a sistemática recursal objetiva a razoável duração do processo e a eficiência processual (inciso LVIII do art. 5º e art. 37, *caput*, ambos da CF), porque a solução é muito mais célere, econômica, natural (eis que emanada do mesmo órgão julgador) e, sobretudo, atende às normas fundamentais do CPC, especialmente, o contraditório efetivo (art. 7º) e o princípio da cooperação (art. 6º)

Por isso o contraditório é compreendido (*rectius*, assegurado!) a partir de tríplice ocorrência: CIÊNCIA (comunicação de um ato processual passível de debate pela parte contrária), OPORTUNIDADE (momento processual para manifestação e produção de provas, em que “oportunidade” deve ser compreendida como momento arquitetado – parametrizado – observando-se as peculiaridades do que se vai realizar) e CONSIDERAÇÃO JUDICIAL (porque, embora dada a “ciência”, para que a parte tenha oportunidade de manifestação e produção de provas, de nada adianta a “oportunidade” se o material informativo gerado não for considerado pelos julgadores; o que deságua no que a doutrina processual alemã denomina de dever do juiz com a *persuasão racional das partes*).

Daí porque há a imposição, como elemento essencial da sentença, dos fundamentos com análise – repete-se, *análise* – das questões de fato e de direito. As “questões de fato” não são o descritivo (afirmação de fato), mas sim o *conteúdo probatório cognoscível* (“*todos os argumentos deduzidos capazes, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*” – inc. IV do § 1º do art. 489): “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: II - os fundamentos, em que o *juiz analisará* as questões de fato e de direito;”

A valoração é mais um momento para o acompanhamento do voto do relator ou a instauração de dissidência.

Se observada cuidadosamente a competência do relator estabelecida no art. 932 do CPC, perceber-se-á a atribuição de “ordenar o processo no tribunal, *inclusive em relação à*

produção da prova...”, o que significa que, uma vez decidido sobre deferimento ou indeferimento de uma prova e sua produção, a valoração é momento de superior importância a clamar por severa preocupação pelo órgão colegiado e deverá ser espelhado no momento da fundamentação.

É por esta razão que não é considerada fundamentada a decisão que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” e “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (incisos III e IV do § 1º do art. 489, do CPC).

Mais um ponto sensível: questionando em embargos de declaração a *existência de omissão do relator em seu papel de relatar* (inciso II do art. 1.022, CPC) e apresentar um voto que efetivamente apresente “todos os argumentos deduzidos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, o segundo e o terceiro julgadores têm o dever-poder de verificar (a partir do *contato com os autos*) se tal situação está ocorrendo – já que, *se isto não se der, a função que deles se espera não ocorrerá*, porque haverá a não apreciação da “tese” do recorrente e, se o relator mantiver formalmente sua linha, sem contato direto com os autos *não há condições materiais* para os demais julgadores desempenharem ativa e efetivamente seu papel de análise para fiscalização e, se o caso, dissidência, *erram por arrastamento* e, neste caso, há *omissão decisória*, com violação expressa dos incisos III e IV do § 1º do art. 489 do CPC, e cabe até ação rescisória sob esse fundamento, bem como diretamente

sobre *erro de fato*, pois a não análise pelos 2 julgadores pode configurar a consideração de um fato como inexistente quando existente ou um fato como existente, quando inexistente.

Conclusivamente, embargos de declaração *que demonstram*, de maneira eficaz, a não apreciação do conjunto probatório, tendo o recorrente *correlacionado a questão de fato e as provas dos autos que indicam conclusões diversas*, os segundo e terceiro desembargadores têm o dever-poder de valoração e decisão (último momento), com análise dos autos, sob pena de violação do art. 371, do CPC c/c incisos III e IV do § 1º do art. 489 e inciso II do art. 1.022, o que justifica recurso especial (art. 105, III, *a*, da CF), para determinar que o tribunal observe referidos dispositivos da lei federal infringidos e aprecie, efetivamente, os fundamentos e pedidos dos embargos de declaração, com análise do conjunto probatório.

5. DEVERES- PODERES DE APLICAÇÃO DA REGRA DE SOLUÇÃO EVITANDO O *NON LIQUET INSTRUTÓRIO* NO ÂMBITO RECURSAL

Quando não é possível o esclarecimento do *fato probando*, tem-se uma impossibilidade de julgamento por *convicção do julgador*, o que, para não extinguir o processo sem solução, exige a vedação do *non liquet instrutório* (equivalente a vedação do *non liquet* nas questões de direito, só que aqui em relação às questões de fato), e determina-se, como regra de solução, a incidência do “ônus da prova”, formato indicativo da solução pela identificação

do “fato probando” e daquele que será atingido pela sua não demonstração, o que é estabelecido pelas partes em *negócio processual* (§ 3º do art. 373 do CPC) ou *distribuído judicialmente* (dinamicamente) nos casos dos §§ 1º e 2º do art. 373 (CPC), ou, se nada disto houver, há a incidência da *regra abstrata* (e estática) do art. 373, incisos I e II, CPC.

A aplicação da regra do “ônus da prova” é competência do órgão colegiado, subsidiária à valoração das provas – da mesma forma indicada nos dois itens anteriores (3 e 4) –, destacando-se que a sua incorreta aplicação não representa mera reapreciação de prova, pois tratar-se-á da identificação de que inexistem condições de julgamento valorativo e da busca por detectar a regra incidente ao caso concreto – que, se inobservada, dará cabimento à interposição de recurso especial por violação do comando normativo federal respectivo.

Finalmente, no âmbito recursal, também é possível reconhecer e aplicar a *dinamização do ônus da prova*, mesmo nos casos em que já prolatada sentença, ou em que o agravo versa sobre admissão ou não da distribuição dinâmica. O relevante é a identificação dos pressupostos estabelecidos no art. 373, §§ 1º e 2º do CPC, que, sendo reconhecidos, deve ser determinada a distribuição dinâmica, oportunizando aos interessados a demonstração da necessidade e utilidade de determinadas provas e, se o caso, seu deferimento e produção.

Se o julgamento se dá em agravo, a tendência é a recepção e aplicação da decisão pelo juízo de primeira instância por onde o processo tramita. Mas se já

em fase de apelação a incidência da distribuição dinâmica, abre a necessidade de produção de provas, se úteis e necessárias, em regra no próprio tribunal, aplicando-se na íntegra o art. 932, § 3º do CPC e, concluída a produção, a valoração e decisão fundamentada diretamente no tribunal.

CONCLUSÃO

No plano ideal a primeira instância é o local e o momento apropriado para *admissibilidade* e *produção* de provas. Por si só esta constatação não impede que estes dois momentos também sejam identificados no âmbito recursal, até porque um sistema de recorribilidade ampla envolvendo i) *errores in procedendo*, inclusive relacionados às provas (vícios de procedimento – admissibilidade e produção de provas) e ii) *errores in iudicando* (erros de julgamento de questões de fundo *de fato* – valoração probatória - e de direito) deságuam:

a) no afastamento de provas inadmissíveis e a valoração a partir desta exclusão;

b) na necessidade de reiteração ou realização de provas, impondo anulação (em alguns sistemas) ou produção de provas para julgamento único pelo próprio tribunal;

c) valoração das provas e espelhamento na fundamentação (na decisão) ou incidências relacionadas ao “ônus da prova” como técnica de solução dos conflitos para evitar o *non liquet* instrutório.

No sistema recursal brasileiro atual há um elemento extremamente delicado: a irrecorribilidade, em regra, das interlocutórias probatórias, porque

há uma enorme probabilidade de amplificação dos problemas no plano instrutório, até porque não haverá intervenção imediata dos tribunais, o que somente se dará no momento final, após sentença e em julgamento de apelação. E o enorme perigo desta situação é o dos órgãos colegiados no âmbito recursal serem lenientes em relação aos vícios no plano probatório, nas restrições cerceadoras do direito de defesa, enfim, na inobservância do contraditório e da ampla defesa.

O cuidado no sistema atual em relação às provas precisa ser redobrado. Não pode ser admitido que a intervenção dos tribunais, no plano da solução das questões de fato, seja apenas um faz-de-conta, em que todo peso da atuação se circunscreva às soluções das questões de direito, muito mais confortáveis e menos trabalhosas.

O conjunto probatório não é analisável com *técnicas de julgamentos de massa*. Logo, os tribunais brasileiros precisam urgentemente *distinguir* os *dois papéis* desempenhados, não esquecendo que a *definição das questões fáticas* também são a primeira etapa para adoção dos precedentes.

As partes têm o direito à prova que somente se aperfeiçoa quando *efetiva* e *eficazmente* tenham não somente condições de produzi-las (art. 369 do CPC), mas que, sobretudo, contem com a observância da determinação de provas *úteis* e *necessárias* pelo Poder Judiciário (independentemente de ser na primeira ou na segunda instância) (art. 370 do CPC) e que haja efetiva *valoração* do conjunto probatório espelhada no momento da fundamentação, com observância da garantia constitucional e

infraconstitucional do convencimento motivado (art. 93, IX, da CF e art. 371, do CPC).

A má solução da questão fática, premissa lógica de um julgamento que imbrica questões de fato e de direito, sepulta a chance de uma decisão justa, pois a solução de direito é contaminada pelos *atos* erroneamente considerados e a função dos julgadores no âmbito recursal, neste momento, será decisiva para o resgate das condições para um julgamento justo, quando erro houve, ou para manutenção de uma decisão, quando proferida corretamente na primeira instância.

De tudo que se tratou, especialmente das *condições ideais mínimas* para julgamento de questões instrutórias e de fato, o papel dos memoriais e da sustentação oral são *exclusivamente* os únicos elementos que permitem um contato dos julgadores (especialmente segundo e terceiro, não relatores); impedir o efetivo contato dos julgadores (todos!) com os memoriais e a sustentação oral é violar o contraditório e a ampla defesa, enfim, *inobservar* o direito fundamental à prova estampado no art. 369 do CPC e no inciso LV do art. 5º da CF, tornando não apenas ilegal, mas constitucional e infranconstitucionalmente ilegítima a solução proferida.

BIBLIOGRAFIA

- ABIÁN, Rosario Herrera. *La inmediatez como garantía procesal*. Granada: Editorial Comares, 2006.
- AMARAL, Paulo Osternack. “Produção de provas em fase recursal”, in *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Edição

Especial, Ano 3, número 1, Curitiba: ESA-OAB-PR, 2018, p. 283-308.

- ASENJO, Ana Isabel Pérez. “La valoración de la prueba en segunda instancia”, in *Aspectos problemáticos em la valoración de la prueba civil*, Coord. ABEL LLUCH, Xavier e PICÓ I JUNOY, Joan. Barcelona: Bosch Editor, 2008.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*, Padova: Cedam, vol. I, 1980.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Breves Comentários ao NCPC*, Coord. Teresa Arruda Alvim, Didier, Talamini e Dantas, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DANTAS, Bruno. *Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 926 a 1.072 – Parte Especial*. SCARPINELLA BUENO, Cassio (coord.). São Paulo: Editora Saraiva: 2017.
- DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual*, vol. 3, 13ª edição, Salvador: Juspodivm, 2016.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. – Quinta edición – Bogotá – Colombia : Editorial Temis S. A., 2002.
- FALCÓN, Enrique M.. *Tratado de la prueba – Civil. Comercial. Laboral penal. Administrativa*. Vol. 1. – Ciudad de Buenos Aires : Editorial Astrea, 2003.

- FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. e ARENHART, Sérgio Cruz (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil – artigos 926 ao 925 – XV*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
- TARUFFO. Michelle; “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”, in *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ZAMPAR JR., José Américo. *Produção de Provas em Sede Recursal*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

