

RE DP

QUALIS
A2

e-ISSN nº 1982-7636

Rio de Janeiro - Brasil

Revista Eletrônica de Direito Processual

PPGD Direito Processual da UERJ

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



SETEMBRO - DEZEMBRO 2025

Vol 26 nº 03

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. 3, set-dez 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, BrasiFlávia Pereira Hill, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Núria 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, (Bolsista DEPEXT UERJ) 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

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.

Indexadores:



Financiamento:



Signatário:



**RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REVISÃO DOS PRECEDENTES
OBRIGATÓRIOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL***Bárbara Benato Pontalti**João Paulo Lordelo**Thaís Gonçalves Oliveira*

7

“CASE MANAGEMENT” NO DIREITO INTERNACIONAL:**ANÁLISE DOS DESENHOS CONCEBIDOS NOS “PRINCÍPIOS DE PROCESSO CIVIL
TRANSNACIONAL” (ALI/UNIDROIT) E NO “MODELO DAS REGRAS EUROPEIAS DE
PROCESSO CIVIL” (ELI/UNIDROIT)**

31

Caio Watkins

COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA ADVOCACIA:**O PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO E A PROTEÇÃO
DA MULHER ADVOGADA**

61

*Eduardo Augusto Salomão Cambi**Heloísa Gomes Negrão*

**DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E EFETIVIDADE NA EXECUÇÃO CIVIL:
PERSPECTIVAS DE INOVAÇÃO INSPIRADAS NO SISTEMA PORTUGUÊS**

84

*Elias Marques Medeiros Neto**Otávio Fernando de Vasconcelos**Rogério Mollica*

**A EFETIVIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO SOB A
ÓTICA DOS JUÍZES**

109

*Felippe Borring Rocha**Marcia Cristina Xavier De Souza*

**O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A JUSTIÇA ARBITRAL E A JUSTIÇA ESTATAL
NO BRASIL**

144

*Fernanda Bragança**Humberto Dalla Bernardina de Pinho**Peter Sester*

**THE ROLE OF THE BGH AND THE STJ AS COURTS FORMING JUDICIAL PRECEDENTS
AND THE UNITY OF LAW IN GERMANY AND BRAZIL**

167

Gisele Mazzoni Welsch

**MEDIAZIONE CIVILE OBBLIGATORIA IN ITALIA: ART. 8 DEL D.LGS. 28/2010. IL PRIMO
INCONTRO DI MEDIAZIONE ALLA LUCE DELLA RIFORMA CARTABIA E DEL
“CORRETTIVO” (D. LGS. N. 216 DL 21.12.2024)**

199

Giuseppe Ruotolo

**O FLORENCE ACCESS-TO-JUSTICE PROJECT E O GLOBAL ACCESS TO JUSTICE
PROJECT: PANORAMA GERAL SOBRE OS PROJETOS GLOBAIS DE ACESSO À JUSTIÇA**

222

Guilherme Christen Möller

**MINISTERIOS DE JUSTICIA, SEPARACIÓN DE PODERES E INDEPENDENCIA DEL
PODER JUDICIAL**

251

Ignacio M. Soba Bracesco

**A TRANSFERÊNCIA DE PROVA ENTRE PROCESSOS: UM DIÁLOGO COM A
JURISPRUDÊNCIA**

266

Maria José Capelo

A (IR)REVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS NOS PROCESSOS PREVIDENCIÁRIOS: A APLICAÇÃO DO TEMA N. 692 DO STJ NOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Mônica Mota Tassigny

296

Paula Valverde Santos

Paulo Henrique Lima Soares

DISPUTAS ARGUMENTATIVAS TRANSNACIONAIS SOBRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM PROCESSOS DE SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

339

Paulo Alves Santos

HONORÁRIOS AUTOCOMPOSITIVOS E O INTERESSE PÚBLICO NA PERCEPÇÃO DE HONORÁRIOS: UMA REFLEXÃO SOBRE A ATUAÇÃO RESOLUTIVA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO ESTADO DO PARÁ

Thiago Vasconcellos Jesus

373

Sandoval Alves da Silva

Enore Correa Monteiro

A RELEVÂNCIA DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO NA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE FIRMADO EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: REPENSANDO A QUESTÃO UNICAMENTE DE DIREITO

Vinícius Ricardo Pereira de Matos

400

Bernardo Augusto da Costa Pereira

Arthur Laércio Homci da Costa Silva

ADMINISTRATIVE LEGAL GUARANTEES AND STANDARDS ARISING FROM THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN THE FIELD OF CIVIL SERVICE

423

Yevhen Leheza

RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REVISÃO DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

THE CONSTITUTIONAL COMPLAINT (“RECLAMAÇÃO”) AS AN INSTRUMENT FOR REVIEWING BINDING PRECEDENTS BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Bárbara Benato Pontalti

Mestranda em Direito, Justiça e Desenvolvimento no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP. Advogada. Porto Alegre/RS. E-mail: barbarapontalti.adv@gmail.com

João Paulo Lordelo

Professor adjunto do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Pós-doutor pela Universidade de Coimbra e UERJ. Doutor (UFBA). *Academic visitor* (Oxford). Procurador da República. São Paulo/SP. E-mail: joaolordeno@gmail.com

Thaís Gonçalves Oliveira

Mestranda em Direito, Justiça e Desenvolvimento no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP. Especialista em Direito Previdenciário (ICDS). Defensora Pública Federal. Rio de Janeiro/RJ. E-mail: thaís_goliveira@yahoo.com.br

RESUMO: O presente artigo examina a reclamação constitucional como instrumento de revisão de precedentes obrigatórios pelo Supremo Tribunal Federal, analisando sua evolução de mecanismo de preservação de competência para ferramenta de atualização jurisprudencial. A metodologia adotada é de natureza teórico-dogmática, com análise doutrinária e jurisprudencial de caráter descritivo-analítico, valendo-se do estudo de caso da Reclamação 4.374/PE. A escolha desse julgado fundamenta-se em sua relevância paradigmática, por representar um exemplo da utilização da reclamação constitucional como instrumento de

evolução jurídica e de efetivação dos direitos fundamentais. Inicialmente concebida para garantir a autoridade das decisões do STF e a preservação de sua competência, a reclamação adquiriu novas funções ao longo do tempo, especialmente após o Código de Processo Civil de 2015. Atualmente, além de preservar a competência do tribunal e garantir a uniformidade da jurisprudência, o instituto também permite a reavaliação de precedentes obrigatórios, evitando sua fossilização diante da evolução social e jurídica. São analisados três aspectos fundamentais para a legitimidade desta função revisora: a modulação temporal dos efeitos da decisão que

¹ Artigo recebido em 28/02/2025 e aprovado em 08/08/2025.

altera precedentes vinculantes, o respeito às competências estabelecidas para realizar tal modificação e o cumprimento do dever de autorreferência. A Reclamação 4.374/PE exemplifica a aplicação prática desse instrumento, demonstrando como o STF pode reconhecer a inconstitucionalidade superveniente de normas anteriormente validadas, assegurando a compatibilidade do direito com a realidade social. O caso evidenciou a necessidade de equilíbrio entre a estabilidade dos precedentes e a adaptação do direito, consolidando a reclamação como uma ferramenta de revisão jurisprudencial. Conclui-se que a reclamação, quando utilizada de forma criteriosa, representa um importante mecanismo de equilíbrio entre a estabilidade dos precedentes e a capacidade de evolução do direito, contribuindo para a construção de um sistema jurídico simultaneamente previsível, dinâmico e adaptável às mudanças sociais, garantindo maior segurança jurídica e coerência jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Reclamação constitucional; Precedentes obrigatórios; Superação de precedentes; Segurança jurídica; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article examines the constitutional complaint (reclamação constitucional) as a mechanism for reviewing binding precedents by the Brazilian Supreme Federal Court (STF), analyzing its evolution from a tool for preserving jurisdiction to an instrument

for jurisprudential updating. The methodology adopted is of a theoretical-dogmatic nature, combining doctrinal and jurisprudential analysis with a descriptive-analytical approach, and employing the case study of Reclamação 4,374/PE. The selection of this decision is justified by its paradigmatic relevance, as it exemplifies the use of constitutional complaint as a means of legal evolution and fundamental rights protection. Initially conceived to ensure the authority of STF decisions and safeguard its jurisdiction, the reclamação has acquired new functions over time, especially after the enactment of the 2015 Code of Civil Procedure. Today, in addition to preserving the Court's jurisdiction and ensuring jurisprudential uniformity, this mechanism also allows for the reassessment of binding precedents, preventing their fossilization in the face of social and legal evolution. Three fundamental aspects for the legitimacy of this revisory function are analyzed: the temporal modulation of the effects of decisions that modify binding precedents, respect for the established competencies to implement such modifications, and compliance with the duty of self-referentiality. Reclamação 4.374/PE exemplifies the practical application of this instrument, demonstrating how the STF can recognize the supervening unconstitutionality of previously validated norms, ensuring the alignment of legal norms with social reality. This case highlighted the need for a balance between the stability of

precedents and the adaptability of the law, solidifying the reclamação as a tool for jurisprudential review. The study concludes that, when used with careful criteria, the reclamação represents a crucial mechanism for balancing the stability of precedents with the capacity for legal evolution, contributing to the development of a legal system that is simultaneously predictable, dynamic, and adaptable to social changes, thereby enhancing legal certainty and jurisprudential coherence.

KEYWORDS: Constitutional complaint; Binding precedents; Precedent overruling; Legal certainty; Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO

A crescente importância dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente após o Código de Processo Civil de 2015, trouxe novos desafios para a compreensão e aplicação dos instrumentos processuais existentes. Nesse contexto, a reclamação constitucional tem assumido papel de destaque não apenas como mecanismo de garantia da autoridade das decisões judiciais, mas também como potencial instrumento para sua revisão e atualização.

O presente artigo examina como a reclamação constitucional tem sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para revisar precedentes obrigatórios, analisando seus fundamentos teóricos, limites e implicações práticas. A discussão se

justifica diante do desafio de conciliar a previsibilidade das decisões judiciais com a necessidade de atualização do direito frente às mudanças sociais.

O trabalho está estruturado em três partes principais. Inicialmente, apresenta-se uma análise dos aspectos fundamentais da reclamação no ordenamento jurídico brasileiro, abordando sua origem, natureza jurídica e evolução legislativa. Em seguida, examina-se a possibilidade de utilização da reclamação como instrumento para alterar decisões, com especial atenção ao caso paradigmático da Reclamação 4.374/PE, que exemplifica como o STF tem manejado este instrumento para adaptar sua jurisprudência às mudanças sociais e proteger direitos fundamentais.

Por fim, são discutidos os critérios e limites para o uso da reclamação como mecanismo de superação de precedentes vinculantes, com ênfase em três aspectos centrais: a modulação dos efeitos das decisões que alteram entendimentos consolidados, a competência para realizar tal modificação e o dever de fundamentação adequada dessas decisões.

A metodologia empregada combina análise doutrinária, exame jurisprudencial e estudo de caso, buscando oferecer uma visão abrangente e crítica sobre o tema. O objetivo é contribuir para o debate acadêmico e prático sobre os limites e possibilidades da reclamação constitucional como instrumento de evolução jurisprudencial no contexto

do sistema brasileiro de precedentes obrigatórios.

Como principal hipótese de trabalho, sustenta-se que a reclamação pode funcionar como mecanismo legítimo de revisão de precedentes, desde que observados critérios rigorosos de fundamentação e respeitados os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Esta hipótese é testada através da análise de casos concretos e do exame dos fundamentos teóricos que sustentam o sistema de precedentes no direito brasileiro.

1. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA RECLAMAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como forma de estabelecer as premissas fundamentais ao enfrentamento do problema de pesquisa, buscaremos, neste tópico, apresentar o instituto da reclamação de forma concisa, abrangendo seus aspectos centrais. Serão explorados sua origem, conceituação, os objetivos que busca alcançar e as hipóteses em que é cabível, com vistas a oferecer uma compreensão clara e direta sobre o tema que é objeto central da pesquisa.

1.1. ORIGEM, NATUREZA JURÍDICA E OBJETIVOS DA RECLAMAÇÃO

No contexto jurídico brasileiro, a reclamação teve origem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) da década de 1950, fundamentada na teoria dos poderes implícitos, demonstrando a capacidade do sistema jurídico nacional de desenvolver soluções próprias para garantir a efetividade das decisões judiciais. Posteriormente, este instituto foi incorporado ao Regimento Interno do STF, à Constituição Federal e, mais recentemente, ao Código de Processo Civil (CPC) de 2015².

Como esclarece Gilberto Mendes Calasans Gomes, a teoria dos poderes implícitos foi adaptada a partir da doutrina norte-americana³. Nos Estados Unidos, tal entendimento foi consolidado a partir da decisão do célebre caso *McCulloch v. Maryland* (U.S. Supreme Court, 1819), quando a corte compreendeu que, ao conferir uma função a uma autoridade, implicitamente conferem-se também os meios necessários para o exercício eficaz dessa função⁴. Em síntese, a premissa é a de que Constituição deve

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 02, 2017.

³ GOMES, Gilberto Mendes Calasans. *Aplicação da teoria dos poderes implícitos pelo Tribunal de Contas da União*. 2021. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino,

Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3250>. Acesso em 10 dez. 2024.

⁴ CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso *McCulloch v. Maryland* e sua utilização na jurisprudência do STF. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://www12>.

concentrar-se em definir os objetivos centrais de cada órgão. Os detalhes, que integram esses objetivos, devem ser deduzidos pela própria natureza das competências conferidas.

No caso específico da reclamação, ela foi construída pelo Supremo Tribunal Federal como um instrumento destinado a garantir a tutela de precedentes e a uniformidade da jurisprudência⁵. Essa construção pretoriana foi posteriormente positivada no Regimento Interno do STF e, com a Constituição Federal de 1988, ganhou expressa previsão constitucional. O constituinte, reconhecendo a importância do instituto, estabeleceu-o como instrumento processual específico tanto para o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, 'l') quanto para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, 'f').

Como anotam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁶, a reclamação tem por objetivo de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões dos tribunais, bem como garantir a observância das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Quanto à sua natureza jurídica, embora existam correntes que a classificam como recurso ou como incidente processual, a doutrina majoritária e a jurisprudência dos tribunais superiores consolidaram o entendimento de que a reclamação constitui uma ação autônoma de impugnação. Esta caracterização se justifica pela presença dos elementos essenciais de uma ação: partes determinadas, causa de pedir específica (usurpação de competência ou desrespeito à decisão do tribunal) e pedido próprio (preservação de competência ou garantia da autoridade das decisões).

Os objetivos da reclamação foram se expandindo ao longo do tempo, acompanhando a evolução do sistema jurídico brasileiro. Inicialmente concebida para preservar a competência dos tribunais superiores e garantir a autoridade de suas decisões, ela passou a desempenhar papel fundamental também na uniformização da jurisprudência e na garantia da observância dos precedentes obrigatórios.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu a súmula vinculante, a reclamação tornou-se instrumento central para assegurar a observância dos enunciados vinculantes do STF. Posteriormente, o

senado.leg.br/ri/edicoes/56/221/riL_v56_n221_p247

⁵ HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Reclamação no Âmbito do Controle da Observância de Precedentes Judiciais Vinculantes*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 155 - 176, Janeiro-Abril, 2019.

⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *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*, 13ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, v. 03, 2016, p. 533.

Código de Processo Civil de 2015 ampliou ainda mais seu escopo, estabelecendo-a como mecanismo para garantir a observância de precedentes qualificados, como aqueles firmados em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida e em julgamento de recursos repetitivos.

Esta evolução demonstra que a reclamação transcendeu sua concepção original como mero instrumento de preservação de competência, assumindo papel crucial no sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. Atualmente, pode-se afirmar que ela possui tripla função: garantidora (da autoridade das decisões), uniformizadora (da jurisprudência) e, como será desenvolvido nos capítulos seguintes, também renovadora (permitindo a revisão e atualização dos precedentes).

A complexidade dessas funções revela que a reclamação, embora mantenha sua natureza de ação autônoma, configura-se como um instrumento processual multifacetado, essencial para a coerência e efetividade do sistema jurídico brasileiro. Sua importância é ainda mais evidenciada no contexto atual de valorização dos precedentes judiciais, onde atua como ponte entre a necessidade de estabilidade jurisprudencial e a imprescindível capacidade de adaptação do direito às transformações sociais.

1.2. HIPÓTESES DE CABIMENTO: EVOLUÇÃO DA RECLAMAÇÃO ATÉ O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A trajetória evolutiva das hipóteses de cabimento da reclamação reflete o progressivo reconhecimento de sua importância para o sistema jurídico brasileiro. Partindo de uma construção jurisprudencial baseada na teoria dos poderes implícitos, o instituto foi gradualmente ampliado e fortalecido através de sucessivas alterações normativas, culminando com sua disciplina abrangente no Código de Processo Civil de 2015.

A Constituição Federal de 1988 representou um momento decisivo ao constitucionalizar expressamente a reclamação, prevendo-a tanto para o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, 'l') quanto para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, 'f'). O texto constitucional estabeleceu duas hipóteses clássicas de cabimento: a preservação da competência do tribunal e a garantia da autoridade de suas decisões.

Além disso, considerando-se que o instrumento tem origem na teoria dos poderes implícitos a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), se os tribunais têm o poder de julgar, também têm o poder implícito de dar efetividade às próprias decisões e defender a própria competência⁷.

⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o*

processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela

A Constituição Federal de 1988, então, passa a prever expressamente a reclamação constitucional para o STF (art. 102, inciso I, 'l') e para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inciso I, "f"), como instrumento de preservação da competência do Tribunal e para garantia da autoridade de suas decisões. Registra-se que o Regimento Interno do STF já previa o instituto da reclamação e seu procedimento perante a Corte Constitucional (arts. 156 a 162).

Um novo e significativo alargamento do escopo da reclamação ocorreu com a Emenda Constitucional nº 3/1993, que introduziu a Ação Declaratória de Constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. A partir deste momento, consolidou-se o entendimento de que a reclamação seria cabível para assegurar o cumprimento das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, fortalecendo seu papel como instrumento de garantia da supremacia constitucional.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como "Reforma do Judiciário", trouxe nova expansão ao incluir o art. 103-A na Constituição Federal, instituindo a súmula vinculante. O §3º deste artigo estabeleceu expressamente o cabimento da reclamação contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariasse súmula vinculante, permitindo ao STF não apenas anular o

ato impugnado, mas também determinar que outro fosse praticado em conformidade com o entendimento sumulado.

Certamente, a reclamação torna-se um mecanismo para valorizar a jurisprudência da Suprema Corte, assegurando sua aplicação vertical e obrigatória nas esferas jurisdicional e administrativa. No entanto, não se estende à esfera legislativa, uma vez que as decisões em controle concentrado e as súmulas vinculantes não possuem efeito vinculante direto sobre o processo legislativo⁸.

O Código de Processo Civil de 2015 representa o ápice desta evolução, ao estabelecer uma disciplina sistemática e abrangente do instituto. O art. 988 do CPC/2015 não apenas reafirmou as hipóteses tradicionalmente previstas, como também expandiu significativamente o cabimento da reclamação, alinhando-a ao sistema de precedentes obrigatórios estabelecido pelo novo diploma processual.

Entre as inovações trazidas pelo CPC/2015, destaca-se a possibilidade de utilização da reclamação para garantir a observância de precedentes qualificados, incluindo: (i) decisões em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) súmulas vinculantes; (iii) acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas; (iv) decisões em incidente de assunção de competência; e (v) acórdãos de

nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal, 13ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, v. 03, 2016, p. 527.

⁸ HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Reclamação no Âmbito do Controle da*

Observância de Precedentes Judiciais Vinculantes. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, Janeiro-Abril, 2019, p. 155 - 176.

recursos extraordinários e especiais repetitivos, observada a necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias.

Outro avanço significativo do CPC/2015 foi a expressa previsão do cabimento da reclamação perante todos os tribunais, encerrando antiga controvérsia sobre sua admissibilidade nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça. Esta ampliação demonstra o reconhecimento da importância do instituto para a efetividade e coerência das decisões judiciais em todas as instâncias do Poder Judiciário.

A evolução das hipóteses de cabimento da reclamação revela uma progressiva expansão de seu papel no sistema processual brasileiro, transcendendo sua função original de mero instrumento de preservação de competência para se tornar uma ferramenta fundamental na garantia da autoridade dos precedentes e na promoção da uniformidade jurisprudencial. Este desenvolvimento reflete a crescente preocupação do ordenamento jurídico brasileiro com a efetividade das decisões judiciais e com a necessidade de assegurar maior previsibilidade e segurança jurídica⁹.

2. RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA ALTERAR PRECEDENTES

A dinâmica das relações sociais e a constante evolução da sociedade

impõem ao direito o desafio de manter-se simultaneamente estável e adaptável. Este aparente paradoxo encontra especial relevância no sistema de precedentes obrigatórios, em que a necessidade de previsibilidade precisa harmonizar-se com a capacidade de resposta às transformações sociais, econômicas e jurídicas.

Embora tradicionalmente concebida como instrumento de preservação da competência e garantia da autoridade das decisões judiciais, a reclamação tem assumido uma função adicional e inovadora: a de mecanismo para revisão e atualização de precedentes obrigatórios.

Esta nova dimensão da reclamação emerge da necessidade de equilibrar dois valores fundamentais do sistema jurídico: a estabilidade dos precedentes e a capacidade de adaptação do direito às transformações sociais. Se, por um lado, o sistema de precedentes busca promover segurança jurídica e previsibilidade, por outro, não pode resultar em um engessamento do direito que o torne insensível às mudanças da realidade social.

2.1. A IMPORTÂNCIA DE EVITAR A FOSSILIZAÇÃO DO DIREITO E A DISTINÇÃO COM BASE EM MUDANÇAS SIGNIFICATIVAS FÁTICAS E JURÍDICAS

Um dos principais argumentos em favor desta utilização ampliada da

⁹ HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Reclamação no Âmbito do Controle da Observância de Precedentes Judiciais*

Vinculantes. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, Janeiro-Abril, 2019, p. 155 - 176.

reclamação reside na atual configuração do sistema recursal brasileiro. O rigor dos filtros de admissibilidade, especialmente em sede de recurso extraordinário, pode criar situações em que teses jurídicas consolidadas em precedentes vinculantes, mesmo quando claramente desatualizadas ou inadequadas, encontram dificuldades para serem revistas pela via recursal ordinária.

Nesse sentido, José Roberto Freire Pimenta e Jurema Costa de Oliveira Silva¹⁰ destacam que uma das principais críticas ao modelo de precedentes adotado no Brasil reside na sua possível rigidez excessiva, especialmente no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Segundo os autores, essa rigidez decorre dos filtros recursais, que frequentemente dificultam ou mesmo impedem o STF de revisar determinadas matérias.

Em outras palavras, torna-se improvável, por exemplo, que seja admitido, pelo STF, o processamento de um recurso extraordinário contra uma decisão que tenha aplicado corretamente a fundamentação central (*ratio decidendi*) de um precedente estabelecido em repercussão geral ou em recurso repetitivo, mesmo diante de uma clara necessidade de revisão desse entendimento¹¹.

Os autores esclarecem que, conforme o art. 1.030 do CPC/2015, o recurso extraordinário terá seguimento negado caso o Supremo Tribunal Federal não reconheça a repercussão geral da questão constitucional discutida. Nessa situação, cabe apenas o agravo dirigido ao próprio tribunal recorrido, não sendo admissível o agravo dirigido ao STF, previsto no art. 1.042 do mesmo código¹².

Diante dessa limitação, surge uma nova finalidade para a reclamação, que não se restringe a garantir a correta aplicação da *ratio decidendi* das decisões vinculantes. Esse instrumento, em casos excepcionais, tem sido utilizado para superar, total ou parcialmente, entendimentos anteriormente fixados pelo próprio STF¹³.

João Eduardo Nadal esclarece que a reclamação pode ser utilizada como instrumento para, mediante a comparação com precedentes qualificados, expandir, contrair ou mesmo superar esses precedentes. “*Em outras palavras, a Reclamação serve como meio de atualização de precedentes qualificados, permitindo ao tribunal sua retificação ou superação, evitando que o fundamento sobre o tema seja definitivamente encerrado*”¹⁴ (grifos nossos).

O autor enfatiza ainda que, em razão da interpretação realizada em

¹⁰ PIMENTA, José Roberto Freire; SILVA, Jurema Costa de Oliveira. *A Reclamação Como Instrumento de Revisão dos Precedentes Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal*. RDP, Brasília, Volume 19, n. 101, jan./mar. 2022, p 561-585.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ NADAL, João Eduardo de. *A reclamação como instrumento de superação dos precedentes qualificados*. 2019. 288 f.

cada novo julgamento, é possível que ocorram transformações na norma do precedente, uma vez que sua aplicação sempre envolve um juízo comparativo, sujeito a adaptações ou modificações¹⁵.

Um exemplo emblemático da utilização da reclamação como instrumento para alterar decisões foi o julgamento da Reclamação 4374/PE. Na decisão, o relator, Ministro Gilmar Mendes, destacou a importância de que as decisões do Supremo Tribunal Federal permanecem abertas a esse constante processo hermenêutico de reinterpretação levado a cabo pelo próprio Tribunal:

O “balançar de olhos” (expressão cunhada por Karl Engisch) entre a norma e o fato, que permeia o processo hermenêutico em torno do direito, fornece uma boa metáfora para a compreensão do raciocínio desenvolvido no julgamento de uma reclamação. Assim como no processo hermenêutico o juízo de comparação e subsunção entre norma e fato leva, invariavelmente, à constante reinterpretação da norma, na reclamação o juízo de confronto e de adequação entre objeto (ato impugnado) e parâmetro (decisão do STF tida

por violada) implica a redefinição do conteúdo e do alcance do parâmetro.

É por meio da reclamação, portanto, que as decisões do Supremo Tribunal Federal permanecem abertas a esse constante processo hermenêutico de reinterpretação levado a cabo pelo próprio Tribunal. A reclamação, dessa forma, constitui o locus de apreciação, pela Corte Suprema, dos processos de mutação constitucional e de inconstitucionalização de normas (des Prozess des Verfassungswidrigwerdens), que muitas vezes podem levar à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à superação, total ou parcial, de uma antiga decisão¹⁶.

Cuida-se de uma compreensão alinhada ao entendimento de Aurora Tomazini de Carvalho que propõe uma Teoria Geral do Direito sob a perspectiva do Construtivismo Lógico-Semântico:

Aplicar o direito consiste em enquadrar um caso concreto à norma jurídica adequada e imputar-lhe os efeitos nela prescritos. Para

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2905>. Acesso em: 12 dez. 2024, p. 249.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Reclamação 4.374*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em 15 dez. 2024, p. 18.

*fazer incidir uma norma, o aplicador, primeiro verifica a ocorrência de um acontecimento, interpretando os suportes factuais a que tem acesso, para depois indagar-se a que tipo jurídico este se enquadra, realizando, assim, a subsunção do conceito do fato ao conceito da hipótese normativa*¹⁷.

A jurisprudência do STF tem desenvolvido duas principais formas de utilização da reclamação para a modificação de precedentes. A primeira consiste na definição ou redefinição do alcance da *ratio decidendi*, permitindo esclarecer ou ajustar o âmbito de aplicação do precedente sem necessariamente revogá-lo. A segunda, mais radical, envolve a própria superação do precedente (*overruling*), quando se constata sua incompatibilidade com o novo contexto social ou jurídico¹⁸.

Cuida-se de “uma forma de o sistema respirar”, pois “a troca ou reanálise de entendimento sobre determinada questão permite que o sistema se oxigene e se redesenhe, para que possa estar melhor amoldado às necessidades sociais”¹⁹.

A prática é amparada no art. 103 do Regimento Interno do STF, que autoriza qualquer ministro a propor a revisão da jurisprudência em matéria constitucional ou consolidada em súmulas, podendo determinar o sobrestamento do feito, caso necessário. Além disso, o art. 489, §1º, incisos V e VI, do CPC/2015, ao tratar dos requisitos de fundamentação das decisões judiciais, reconhece implicitamente a possibilidade de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) de precedentes.

É o que explica João Eduardo de Nadal:

*Da redação do art. 489, §1º, V e VI pode-se criar um conceito preliminar do distinguishing (seguramente a técnica mais usada para o trato com precedentes), consubstanciado no confronto material dos casos e na tentativa de assimilação ou afastamento da ratio decidendi do caso passado como o atual. O overruling encontra assento pelo menos implícito no art. 489, §1º, VI, ao estabelecer que um precedente pode deixar de ser aplicado quando da sua superação*²⁰.

¹⁷ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 334.

¹⁸ PIMENTA, José Roberto Freire; SILVA, Jurema Costa de Oliveira. *A Reclamação Como Instrumento de Revisão dos Precedentes Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal*. RDP, Brasília, Volume 19, n. 101, jan./mar. 2022, p. 561-585.

¹⁹ NADAL, João Eduardo de. *A reclamação como instrumento de superação dos precedentes qualificados*. 2019. 288 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2905>. Acesso em: 12 dez. 2024, p. 248-249.

²⁰ *Ibid.*, p. 146-147.

Quando utilizada para esclarecer o alcance da *ratio decidendi*, a reclamação serve para auxiliar os juízes de instâncias inferiores na aplicação correta de precedentes vinculantes, especialmente quando há dúvidas sobre o núcleo decisório que sustenta a decisão²¹.

Por maior similitude fática que os casos possam ter, nenhum será exatamente igual ao outro²², razão pela qual é necessário que o STF elucide com clareza o núcleo decisório que representa a essência jurídica de suas conclusões. Nesse sentido, João Eduardo de Nadal reforça:

*Os precedentes antes são criadores de complexidades, abrem a decisão e funcionam como fechamento do sistema. Aplicar precedentes sem fundamentação pode levar facilmente a injustiças. É na análise detida dos casos concretos que as semelhanças devem aflorar e somente através da fundamentação que se pode dimensionar a aplicação da ratio decidendi*²³.

Essa complexidade é agravada pelo modelo decisório do STF, que frequentemente resulta de uma soma agregativa dos votos dos ministros, baseados em fundamentos distintos:

*Considerando a diversidade de fundamentos adotados pelos julgadores, esse modelo decisório frequentemente dificulta a identificação da ratio decidendi do precedente editado pelo STF, na medida em que se faz necessário proceder ao exame de todos os votos para identificar as razões acolhidas pela maioria, as quais, por vezes, não coincidem no todo ou em parte, tornando muito difícil definir o seu denominador comum, capaz de permitir a correta identificação de seus fundamentos determinantes, nos termos e para os efeitos do art. 489, § 1º, V, do CPC (BRASIL, 2015.).*²⁴

É relevante destacar que “há sempre a possibilidade de atribuir novos valores aos símbolos, e cada uma dessas possibilidades constitui

²¹ PIMENTA, José Roberto Freire; SILVA, Jurema Costa de Oliveira. *A Reclamação Como Instrumento de Revisão dos Precedentes Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal*. RDP, Brasília, Volume 19, n. 101, jan./mar. 2022, p. 561-585.

²² *Ibid.*, p. 148.

²³ NADAL, João Eduardo de. *A reclamação como instrumento de superação dos precedentes qualificados*. 2019. 288 f. Dissertação (Mestrado em Direito

Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em:

<https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2905>. Acesso em: 12 dez. 2024, p. 84.

²⁴ PIMENTA, José Roberto Freire; SILVA, Jurema Costa de Oliveira. *A Reclamação Como Instrumento de Revisão dos Precedentes Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal*. RDP, Brasília, Volume 19, n. 101, jan./mar. 2022, p. 575-576.

uma interpretação diferente. Daí a ideia de inesgotabilidade: todo texto pode ser reinterpretado, infinitamente”²⁵.

À luz de uma hermenêutica normativo-estruturante, o texto – legal ou o fixado em decisões judiciais –, em seu plano de expressão, representa apenas um ponto de partida, sendo a interpretação que lhe confere sentido e aplicabilidade²⁶. Assim, precedentes, embora não sejam fruto de legislação formal, podem — e, em certas situações, devem — ser submetidos a uma reanálise.

A reclamação, portanto, desempenha função estratégica ao evitar a fossilização do direito, corrigir ambiguidades e assegurar a coerência jurisprudencial do STF frente às transformações sociais.

2.2. RECLAMAÇÃO 4.374/PE: EVOLUÇÃO JURÍDICA E O USO DA RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Reclamação 4.374/PE representa um caso paradigmático na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ilustrando como a reclamação constitucional pode funcionar como instrumento de atualização do direito e proteção de direitos fundamentais. O caso, julgado em 2013, evidencia a complexa relação entre a necessidade de estabilidade dos precedentes e o imperativo de adaptação do direito às transformações sociais.

O caso teve origem em uma reclamação proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) contra decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco. O INSS alegava que a decisão reclamada, ao conceder benefício assistencial sem observar o critério legal de renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo, havia violado a autoridade da decisão do STF na ADI 1.232/DF, que havia declarado a constitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 (LOAS).

Este dispositivo legal estabelece critérios para o recebimento do benefício assistencial de um salário-mínimo para pessoas com deficiência e idosos que comprovem não possuir, eles próprios ou suas famílias, recursos financeiros para sua manutenção. No entanto, a Turma Recursal de Pernambuco, em sua decisão, não aplicou o critério legal de renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário-mínimo para a concessão do benefício assistencial, o que motivou a Reclamação do INSS.

O julgamento desta reclamação representou um momento de inflexão na jurisprudência do STF por duas razões principais. Primeiro, porque reconheceu a possibilidade de utilização da reclamação como instrumento para reexaminar a própria decisão paradigma. Segundo, porque desenvolveu a teoria do processo de inconstitucionalização, a qual propõe que uma norma inicialmente

²⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Direito) -

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 582.

²⁶ *Ibid.*

constitucional pode tornar-se inconstitucional em razão de mudanças na realidade fática ou jurídica.

Em seu voto condutor, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes desenvolveu uma análise histórica e contextual que merece destaque. Demonstrou como a Constituição de 1988, ao estabelecer um amplo catálogo de direitos sociais e mecanismos para sua efetivação, representou uma ruptura com o modelo anterior de proteção social. O contexto da época evidenciava a necessidade de superar décadas de políticas públicas insuficientes para erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais.

O Ministro argumentou que o critério estabelecido pela LOAS em 1993 - renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo - refletia uma equação econômico-financeira que, embora pudesse ser considerada razoável naquele momento histórico, tornou-se manifestamente inadequada diante das transformações sociais e econômicas ocorridas nas décadas seguintes.

A decisão reconheceu que o processo de inconstitucionalização da norma decorreu de múltiplos fatores: a) a evolução do conceito de miserabilidade no contexto social brasileiro; b) o surgimento de diversos outros programas sociais com critérios mais generosos; c) as mudanças no cenário econômico nacional; e d) a

própria jurisprudência dos tribunais inferiores, que já vinham desenvolvendo outros parâmetros para aferição da condição de vulnerabilidade.

Essa argumentação está presente no tópico 2 do voto do Ministro Relator, intitulado *A revisão da decisão na ADI 1.232 em sede de reclamação*²⁷. Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes defende que a reclamação, em casos como o então em análise, transcende a mera proteção do caráter formal da decisão, adquirindo o papel de instrumento de proteção da ordem constitucional como um todo:

*Em primeiro lugar, parece óbvio que o STF, no exercício de sua competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, possa declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre, portanto, da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos*²⁸.

Por sua vez, o Ministro Teori Zavascki, vencido, compreendeu que a proposição acabaria por ensinar a

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Reclamação* 4.374. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginado>

[r.jsp?docTP=TP&docID=4439489](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginado). Acesso em 15 dez. 2024, p. 20.

²⁸ *Ibid.*, p. 21.

própria rescisão do acórdão da ADI anterior, o que seria expressamente proibido pelo sistema jurídico brasileiro. Para ele, os limites cognitivos da reclamação impediriam a análise de eventual inconstitucionalidade, ainda que superveniente²⁹.

Ao final, o plenário do STF não apenas rejeitou a reclamação do INSS, como também declarou a inconstitucionalidade superveniente do critério legal, sem pronunciar sua nulidade imediata. O Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pela maioria, sugeriu a fixação de um prazo para que o Congresso Nacional elaborasse uma nova regulamentação sobre a matéria, garantindo assim uma transição adequada e a continuidade da proteção social enquanto o novo critério não fosse estabelecido.

Conclui-se que Reclamação 4.374/PE representa, assim, um exemplo eloquente de como a reclamação constitucional pode servir como instrumento de evolução jurídica e proteção dos direitos fundamentais. O caso demonstra que a garantia da autoridade das decisões do STF não pode ser compreendida de forma meramente formal, devendo considerar a necessidade de adaptação do direito às transformações sociais e a primazia da proteção aos direitos fundamentais.

Esta decisão estabeleceu importantes parâmetros para a utilização da reclamação como

mecanismo de revisão de precedentes, evidenciando a necessidade de uma análise rigorosa das mudanças contextuais e seus impactos sobre a adequação constitucional das normas. Mais que isso, demonstrou como o instituto pode contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais, permitindo que o ordenamento jurídico se mantenha alinhado aos valores e objetivos constitucionais mesmo diante de significativas transformações sociais.

3. CRITÉRIOS PARA O USO DA RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES

3.1. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS PROSPECTIVOS ÀS DECISÕES QUE ALTERAM DECISÕES VINCULANTES

A superação de precedentes obrigatórios (*overruling*) constitui operação jurídica complexa que demanda especial atenção quanto aos seus efeitos temporais. Quando um tribunal decide superar um entendimento anteriormente consolidado, surge a necessidade de proteger as situações jurídicas constituídas sob a égide do precedente revogado, equilibrando a evolução do direito com a proteção da confiança legítima dos jurisdicionados.

Esta questão ganha contornos ainda mais sensíveis quando a superação ocorre em sede de

²⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *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, 13ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, v. 03, 2016, p. 552.

reclamação constitucional. Nestes casos, não se trata apenas de modificar um entendimento jurisprudencial, mas de alterar uma decisão que, por sua natureza vinculante, serviu como parâmetro de conduta para toda a sociedade e orientou a atuação dos demais órgãos do Poder Judiciário.

Para que essa evolução não afete negativamente a previsibilidade — elemento essencial para a confiança no sistema jurídico e na estabilidade dos entendimentos anteriormente consolidados em precedentes obrigatórios — Luiz Guilherme Marinoni destaca a importância de adotar uma “modulação adequada dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade”³⁰. Nesse sentido, explica:

*Existindo situações que se consolidaram sob a égide da decisão de constitucionalidade, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não podem apanhá-las, devendo ser modulados em atenção à particularidade de a decisão estar declarando inconstitucional norma antes declarada constitucional*³¹.

Isto é, quando há situações que se estabilizaram com base em uma decisão que considerava uma norma constitucional, essas situações não podem ser atingidas de forma abrupta pela declaração posterior de inconstitucionalidade. Nesses casos, é necessário ajustar os efeitos da nova decisão, levando em conta o fato de que a norma foi previamente considerada válida e aplicável, garantindo segurança jurídica e respeito às expectativas legítimas já formadas.

O autor ressalta, ainda, que é fundamental abordar essa questão como uma superação de precedente, e não como uma desconsideração da coisa julgada³². Assim, ao tratar-se de superação de precedente, e não de desconstituição da coisa julgada, a decisão que modifica um entendimento anterior com base em nova realidade fática e jurídica não deve possuir efeitos retroativos.

Neste contexto, três principais modalidades de modulação temporal têm sido identificadas:

a) efeitos puramente prospectivos: a nova orientação jurisprudencial aplica-se apenas aos casos futuros, preservando integralmente as situações

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 214.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 214.

³² Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, ao analisarem a Reclamação 4.374/PE e a possibilidade de utilização da reclamação como meio para revisar decisões proferidas em

controle concentrado de constitucionalidade, destacam seu potencial de atuar como um “instrumento de revisão da coisa julgada” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *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*, 13ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, v. 03, 2016, p. 551).

constituídas sob a vigência do precedente superado;

b) efeitos prospectivos com termo inicial diferido: estabelece-se uma data futura para o início da vigência do novo entendimento, permitindo que os jurisdicionados se adaptem à mudança;

c) efeitos prospectivos com ressalva: aplica-se o novo entendimento aos casos futuros e a situações específicas do passado, geralmente incluindo o caso concreto que originou a superação.

Esses métodos de abordagem asseguram a previsibilidade do sistema, mantendo a confiança anteriormente depositada no precedente obrigatório. Com a mudança das circunstâncias, a decisão revisada passa a produzir efeitos apenas em relação às situações jurídicas constituídas após sua prolação. Dessa forma:

A decisão declaratória de inconstitucionalidade, diante das relações continuativas, não retroage sobre a coisa julgada, mas limita a sua eficácia temporal. A coisa julgada antes formada, espelhando a realidade fática e jurídica legitimamente interpretada pela Corte, permanece válida e intacta. Ela é limitada em virtude de circunstância posterior, expressa na declaração de

*inconstitucionalidade*³³ (grifos nossos).

Portanto, embora não se trate de uma revisão da coisa julgada, já que os efeitos produzidos até então permanecem intactos, a revisão do precedente resulta na limitação de sua eficácia temporal. Isso ocorre porque o precedente deixa de regular novas relações jurídicas, passando a prevalecer a decisão que declarou o entendimento anterior inconstitucional.

Ademais, ao revogar um precedente, o Tribunal deve considerar a confiança ainda existente no entendimento anterior. Nesses casos, é essencial modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, garantindo a previsibilidade indispensável ao funcionamento do sistema jurídico.

Assim, embora a revogação de um precedente seja, em regra, retroativa, a modulação dos efeitos da decisão é amplamente reconhecida, inclusive no *common law*³⁴. No caso específico da superação de um precedente obrigatório por meio de reclamação, a adoção de efeitos prospectivos ou a modulação da decisão de inconstitucionalidade torna-se um aspecto central para preservar a previsibilidade e a estabilidade do sistema jurídico.

Busca-se, dessa forma, garantir aos jurisdicionados a previsibilidade

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 218.

³⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de*

direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, v. 02, 2016, p. 513.

essencial, assegurando que os precedentes continuem orientando seus comportamentos, sem que isso limite o desenvolvimento do direito. Quando um precedente perde sustentação no contexto social e político em que está sendo aplicado, os próprios valores que fundamentam o sistema de precedentes obrigatórios — como a estabilidade e a igualdade — determinam sua revogação, e não sua manutenção.

3.2. A FUNÇÃO REVISORA DA RECLAMAÇÃO E A COMPETÊNCIA PARA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

A utilização da reclamação como instrumento de superação de precedentes vinculantes suscita importantes questões sobre a competência para realizar tal revisão. Este debate ganha especial relevância considerando a estrutura hierárquica do Poder Judiciário e a necessidade de preservar a coerência e legitimidade das decisões judiciais.

O primeiro aspecto a ser considerado é que a competência para revogar precedentes vinculantes é exclusiva do tribunal que os estabeleceu. Como observa Luiz Guilherme Marinoni ³⁵, esta exclusividade decorre não apenas de aspectos formais do sistema processual, mas da própria lógica que fundamenta o sistema de precedentes obrigatórios. Admitir que órgãos

inferiores possam superar precedentes vinculantes comprometeria a própria essência do sistema, baseada na hierarquia e na busca por uniformidade decisória.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, surge uma questão adicional: a possibilidade de uma Turma revisar precedentes estabelecidos pelo Plenário. Esta discussão é particularmente relevante no caso de decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, que representam a manifestação da maioria absoluta dos ministros da Corte.

A controvérsia decorre do fato de que os precedentes vinculantes são, em regra, estabelecidos pelo Plenário, representando a posição majoritária da Corte. Permitir que uma Turma revise tais decisões poderia comprometer a coerência jurisprudencial e a legitimidade democrática, uma vez que a decisão não refletiria necessariamente a vontade da maioria dos Ministros.

José Roberto Freire Pimenta e Jurema Costa de Oliveira Silva argumentam, com razão, que "a possibilidade de o Tribunal promover o overruling de precedentes vinculantes, em sede de reclamação, deve ser analisada em conjunto com as regras de competência da Corte para editar a decisão paradigma"³⁶.

Os autores destacam que não cabe a uma Turma alterar acórdãos

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

³⁶ PIMENTA, José Roberto Freire; SILVA, Jurema Costa de Oliveira. *A Reclamação Como*

Instrumento de Revisão dos Precedentes Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. RDP, Brasília, Volume 19, n. 101, 561-585, jan./mar. 2022, p. 533.

proferidos pelo Plenário, pois tal decisão poderia não refletir o entendimento da maioria dos Ministros. O art. 11 do Regimento Interno do STF (RISTF) também reforça essa limitação³⁷.

A solução para esta questão tem se consolidado através da remessa da reclamação ao Plenário sempre que se vislumbra a necessidade de superar um precedente vinculante. Esta prática encontra fundamento no art. 103 do Regimento Interno do STF, que autoriza qualquer Ministro a propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional, com a possibilidade de determinar o sobrestamento do feito até manifestação plenária.

Foi o que ocorreu, por exemplo, na mencionada RCL 4374/PE, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes. Nesse caso, o reexame da questão foi conduzido pelo Tribunal Pleno, órgão responsável pela decisão paradigma que se pretendia revisar³⁸.

Assim, a competência para revogar precedentes vinculantes é exclusivamente do STF, com o objetivo de preservar a unidade e legitimidade das decisões judiciais. A reclamação, nesse contexto, desempenha um papel crucial ao permitir o retorno de questões à Corte, por meio do controle difuso, possibilitando que precedentes sejam rediscutidos quando já não encontram suporte social, político ou econômico³⁹.

O caso paradigmático da Reclamação 4.374/PE, anteriormente

analisado, ilustra esta sistemática. A questão foi submetida ao Tribunal Pleno, permitindo que a revisão do entendimento anterior fosse realizada pelo mesmo órgão que havia proferido a decisão paradigma, garantindo assim maior legitimidade democrática à mudança jurisprudencial. Esta estruturação da competência para superação de precedentes através da reclamação atende a múltiplos objetivos:

- a) preservação da hierarquia institucional: assegura que as decisões vinculantes só sejam modificadas pelo órgão competente para sua edição;
- b) garantia de legitimidade democrática: permite que a revisão reflita efetivamente o entendimento majoritário da Corte;
- c) manutenção da coerência sistêmica: evita decisões contraditórias entre diferentes órgãos do mesmo tribunal;
- d) proteção da segurança jurídica: contribui para a previsibilidade e estabilidade do sistema jurídico.

Este desenho institucional demonstra uma preocupação com o equilíbrio entre a necessidade de evolução jurisprudencial e a manutenção da estabilidade do sistema. A concentração da competência revisora no órgão plenário, quando se trata de superação de precedentes vinculantes em sede de reclamação, serve como garantia adicional de que as mudanças jurisprudenciais ocorrerão de forma

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 522.

refletida e democraticamente legitimada.

A função revisora da reclamação, portanto, não compromete a hierarquia institucional ou a segurança jurídica, mas antes as fortalece, ao estabelecer um caminho processual adequado para a necessária atualização dos precedentes vinculantes, sempre respeitando as competências estabelecidas e a colegialidade das decisões.

3.3. O DEVER DE AUTOREFERÊNCIA E A COERÊNCIA JURISPRUDENCIAL

A importância deste dever é evidenciada no Código de Processo Civil de 2015, especialmente em seu art. 489, §1º, VI, que considera não fundamentada a decisão que deixa de seguir precedente invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção ou superação do entendimento. Esta exigência vai além de um mero requisito formal, constituindo verdadeira garantia de racionalidade e previsibilidade do sistema jurídico.

Como observam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁴⁰, o dever de autorreferência está diretamente vinculado à própria natureza da reclamação como

instrumento de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) de precedentes. Não se trata apenas de identificar o precedente aplicável, mas de realizar um exercício hermenêutico complexo que envolve a identificação precisa da *ratio decidendi* do precedente; a análise detalhada das circunstâncias fáticas e jurídicas que o fundamentaram; a demonstração das alterações contextuais que justificam sua revisão; e a exposição clara dos fundamentos que sustentam o novo entendimento.

Este processo analítico encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como evidenciado no voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.374/PE, ao afirmar que a reclamação constitui o “locus adequado para o exame dos processos de mutação constitucional e de inconstitucionalização de normas”⁴¹. Este exame, contudo, deve ser realizado através de um rigoroso exercício de fundamentação.

O inciso VI do §1º do art. 489 do Código de Processo Civil considera não fundamentada a decisão que deixa de aplicar jurisprudência, súmula ou precedente invocado pela parte, sem efetuar a distinção ou demonstrar sua superação. Essa exigência impõe ao julgador um ônus argumentativo qualificado, especialmente nos casos

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *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*, 13ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, v. 03, 2016.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Reclamação 4.374*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em: 15 dez. 2024, p. 22.

em que se busca revisar precedentes por meio da reclamação constitucional.

Trata-se de uma lógica análoga às teorias do *distinguishing* e do *overruling* da *common law*, as quais visam garantir tanto a independência do Judiciário quanto à efetivação do contraditório como garantia constitucional⁴².

Nesse contexto, o dever de autorreferência revela-se um elemento estruturante da reclamação, exigindo do Tribunal a exposição clara das circunstâncias fáticas e jurídicas que justifiquem a superação do entendimento anterior. Tal dever relaciona-se diretamente ao princípio da coerência jurisprudencial, previsto no art. 926 do CPC/2015, e reforça o compromisso do Judiciário com a integridade do sistema e com a confiança dos jurisdicionados.

Conclui-se que o dever de autorreferência, mais que uma exigência formal, constitui uma condição essencial para que a revisão de precedentes por meio da reclamação ocorra de forma controlada, transparente e legitimada. Sua observância assegura o equilíbrio entre a evolução jurisprudencial, a coerência do ordenamento jurídico e a confiança dos jurisdicionados no sistema de precedentes obrigatórios.

CONCLUSÃO

A análise desenvolvida ao longo do artigo demonstra que a reclamação constitucional ultrapassou significativamente sua concepção original como mero instrumento de preservação de competência e garantia da autoridade das decisões judiciais. No atual cenário jurídico brasileiro, especialmente após o CPC/2015, o instrumento assumiu papel fundamental não apenas na tutela dos precedentes obrigatórios, mas também como mecanismo legitimador de sua necessária atualização.

Esta evolução do instituto responde a uma demanda crucial do sistema jurídico: a necessidade de equilibrar a estabilidade dos precedentes com a capacidade de adaptação do direito às transformações sociais. A reclamação emerge, neste contexto, como instrumento que permite a oxigenação do sistema de precedentes sem comprometer sua autoridade e previsibilidade.

No entanto, a utilização da reclamação como mecanismo de superação de precedentes vinculantes deve observar critérios rigorosos para preservar a segurança jurídica. Três aspectos mostram-se especialmente relevantes: a adequada modulação temporal dos efeitos da decisão revisora, o respeito às competências estabelecidas para realizar tal revisão e o cumprimento do dever de autorreferência.

⁴² CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. *Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo*

Civil. Revista de Processo, v. 241, ano 40, São Paulo: Ed. RT, mar. 2015, p. 413-438.

A modulação temporal dos efeitos emerge como garantia fundamental da confiança legítima dos jurisdicionados. Quando situações jurídicas se consolidaram sob a égide de um precedente vinculante, sua superação deve, em regra, produzir efeitos prospectivos ou ser acompanhada de modulação adequada, preservando as relações constituídas com base no entendimento anterior.

Igualmente crucial é o respeito à competência do órgão que estabeleceu o precedente para realizar sua revisão. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, esta questão se resolve com a remessa ao Plenário das reclamações que visam à superação de precedentes vinculantes, garantindo que a mudança jurisprudencial reflita efetivamente o entendimento majoritário da Corte.

O dever de autorreferência, por sua vez, manifesta-se como garantia de racionalidade do processo de superação de precedentes. Exige-se do tribunal não apenas a menção ao precedente que se pretende superar, mas um verdadeiro diálogo com seus fundamentos, demonstrando de forma clara e analítica as razões que justificam sua revisão.

A experiência da Reclamação 4.374/PE ilustra como estes elementos podem harmonizar-se na prática, permitindo que o direito evolua sem comprometer a segurança jurídica. O caso demonstra que a reclamação, quando adequadamente manejada, pode funcionar como instrumento efetivo de proteção dos direitos fundamentais e de adaptação do

ordenamento jurídico às transformações sociais.

Conclui-se, portanto, que a reclamação constitucional, em sua função revisora de precedentes, representa uma importante conquista do sistema jurídico brasileiro. Sua utilização criteriosa permite que o direito se mantenha simultaneamente estável e dinâmico, capaz de oferecer segurança jurídica sem se tornar insensível às mudanças sociais.

O desafio que se apresenta não é apenas preservar essa função, mas aperfeiçoá-la continuamente, garantindo que a evolução jurisprudencial ocorra de forma previsível e democraticamente legitimada. Mais do que um mecanismo processual, a reclamação revela-se um espaço hermenêutico vivo, onde o direito se reinterpreta à luz do tempo.

Esta nova dimensão da reclamação não apenas enriquece o sistema brasileiro de precedentes, mas oferece um caminho promissor para o enfrentamento do eterno dilema entre estabilidade e mudança no direito. Sua evolução futura poderá contribuir decisivamente para a construção de um ordenamento jurídico mais coerente, efetivo e adaptável às constantes transformações da sociedade contemporânea. Trata-se de reconhecer que a estabilidade, no direito, não está em sua rigidez, mas em sua capacidade de responder, com legitimidade, às mudanças sociais que desafiam a justiça com o transcorrer do tempo.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno* [atualizado até outubro de 2018] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.374/PE. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 abr. 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em: 15 dez. 2024.
- CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 241, p. 413–438, mar. 2015.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.
- CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso *McCulloch v. Maryland* e sua utilização na jurisprudência do STF. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247–270, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/56/221/riL_v56_n221_p247. Acesso em: 10 jan. 2025.
- DIAS, Maria Regina Benevides. Os entraves processuais para a utilização da reclamação constitucional como meio de utilização de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no bojo do controle concentrado de constitucionalidade. [S.l.], 2015. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/1730>. Acesso em: 12 dez. 2024.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.
- DIDIER JR., Fredie; MÂCEDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da Reclamação n. 4.374/PE. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 16, n. 110, p. 567–590, out. 2014/jan. 2015.
- GOMES, Gilberto Mendes Calasans. Aplicação da teoria dos poderes implícitos pelo Tribunal de Contas da União. 2021. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em:

<https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3250>. Acesso em: 10 dez. 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NADAL, João Eduardo de. *A reclamação como instrumento de superação dos precedentes qualificados*. 2019. 288 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa,

Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2905>. Acesso em: 12 dez. 2024.

HARTMANN, Guilherme Kronenberg. Reclamação no âmbito do controle da observância de precedentes judiciais vinculantes. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 155–176, jan./abr. 2019.

PIMENTA, José Roberto Freire; SILVA, Jurema Costa de Oliveira. A reclamação como instrumento de revisão dos precedentes vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Doutrina da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, v. 19, n. 101, p. 561–585, jan./mar. 2022.

**“CASE MANAGEMENT” NO DIREITO INTERNACIONAL:
ANÁLISE DOS DESENHOS CONCEBIDOS NOS “PRINCÍPIOS DE
PROCESSO CIVIL TRANSNACIONAL” (ALI/UNIDROIT) E NO
“MODELO DAS REGRAS EUROPEIAS DE PROCESSO CIVIL”
(ELI/UNIDROIT) ⁴³**

**“CASE MANAGEMENT” IN THE INTERNATIONAL LAW:
ANALYSIS OF THE MODELS DESIGNED IN THE “PRINCIPLES OF
TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE” (ALI/UNIDROIT) AND “MODEL EUROPEAN
RULES OF CIVIL PROCEDURE” (ELI/ UNIDROIT)**

Caio Watkins

Mestrando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Federal pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE/PR) em parceria com o Centro Universitário Internacional (Uninter). Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro/RJ. E-mail: caiwatkins@gmail.com.

RESUMO: Este ensaio pretende analisar o “*case management*” no cenário do direito processual civil internacional através do estudo do modelo de gerenciamento concebido nos “Princípios do Processo Civil Transnacional (ALI/UNIDROIT)” e nas “no Modelo de Regras Europeias de Direito Processual Civil (ELI/UNIDROIT)”, documentos de “*soft law*” voltados para a harmonização de variados sistemas jurídicos em torno das melhores práticas processuais conhecidas.

PALAVRAS-CHAVE: “*Case management*”. Direito internacional. Princípios do Processo Civil Transnacional. Modelo de Regras Europeias de Processo Civil.

ABSTRACT: This essay intends to analyze “*case management*” in the international civil procedural law scenario through the study of the management model designed in the “Principles of Transnational Civil Procedure (ALI/UNIDROIT)” and in the “Model European Rules of Civil Procedural Law (ELI/UNIDROIT)”, soft law documents aimed to harmonize different legal systems around best known procedural practices.

KEYWORDS: “*Case management*”. International Procedure Law. Principles of Transnational Civil Procedure. Model European Rules of Civil Procedure.

**INTRODUÇÃO: O
GERENCIAMENTO PROCESSUAL E A**

⁴³ Artigo recebido em 04/06/2021 e aprovado em 09/05/2025.

BUSCA PELA EFICIÊNCIA PROCESSUAL

O presente ensaio tem como escopo analisar o destaque dado ao “*case management*” no cenário do direito processual internacional. Para isso, será examinada a forma como os modelos processuais desenvolvidos em âmbito internacional estruturam suas dinâmicas de gerenciamento do processo no sentido de conduzi-lo ao cumprimento das suas finalidades.

Antes, porém, de inspecionarmos os modelos internacionais, é necessário desenvolver algumas considerações a respeito da atividade de gerenciamento processual, em especial o seu conceito, objetivos e fundamentos.

O “*case management*” consiste num conjunto de técnicas,

instrumentos e posturas voltados para a racionalização, organização, direcionamento, e supervisão da marcha e dos resultados do processo. A gestão processual envolve o planejamento, o controle e a condução do processo para que ele possa alcançar as suas finalidades⁴⁴ de forma eficiente⁴⁵.

As últimas décadas vêm revelando uma tendência de concentração de poderes de gerenciamento processual nas mãos do juiz, o qual tem se afastado cada vez mais da postura de inércia tão vangloriada no modelo liberal clássico. De fato, a atribuição de um papel proativo ao magistrado na condução do litígio vem sendo observada mesmo nos países com marcante tradição de processo adversarial⁴⁶, implicando, assim, na ressignificação de aspectos estruturais da relação processual⁴⁷.

⁴⁴ Sobre as finalidades que devem ser cumpridas pelo processo, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro afirma que “o direito processual tem diversas finalidades. Uma finalidade jurídica destinada a garantir, na prática, sempre que possível, a observância das regras estabelecidas pelo legislador ordinário nas diversas leis que regulam a vida em sociedade, (...). O processo tem também uma finalidade política, pois é através dele que o Estado cumpre a sua função de prestar jurisdição. Sobre este enfoque, os objetivos do Estado devem, em última análise, refletir os próprios fins a que ele se propõe enquanto ente político e, assim, seus agentes devem perseguir os valores que ele considera prioritários de serem alcançados. Finalmente, tem também o processo escopo social de pacificar com justiça e de educar, de sorte a permitir que as pessoas possam, a um só tempo, independente das diferenças, buscar seus próprios direitos e respeitar os dos outros. Enfim, podemos afirmar, através da reunião

destes três escopos e em uma única frase, que o processo se destina a realização da justiça.” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, Edição Comemorativa, p. 1161, 2015).

⁴⁵ A respeito da noção de eficiência processual e sua distinção em relação aos conceitos de eficácia e efetividade, vide: COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência, Revista de Processo, vol. 121/2005, p. 275 - 301, Mar/2005, DTR\2011\5490.

⁴⁶ GONÇALVES, Glaucio Ferreira Maciel. BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação in Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 66, jan./jun. 2015, pp. 295/296.

⁴⁷ MILLER, Arthur R. “The Adversary System: Dinosaur or Phoenix?” (1984). *Minnesota Law Review*. 67, pp. 14-16.

Embora as partes também ostentem poderes e responsabilidades afetas ao gerenciamento processual⁴⁸, é inegável que, ao fim e ao cabo, cabe ao juiz a tarefa de supervisionar o comportamento de todos os agentes envolvidos na relação processual, de maneira a zelar para que a atividade jurisdicional atinja suas finalidades e proteger o interesse público de conferir eficiência à administração da Justiça⁴⁹.

Para que o processo possa alcançar, com eficiência, as finalidades que dele se esperam, é necessário impulsioná-lo em pelo menos cinco eixos: (i) efetividade, (ii) duração razoável; (iii) economia de recursos; (iv) adaptabilidade e aderência às necessidades do litígio e (v) cooperação entre os atores processuais. Naturalmente, esses eixos estão interligados, de modo que o aprimoramento de um contribui para o desenvolvimento dos outros.

Quanto ao primeiro eixo, tem sabor do óbvio afirmar que o processo

somente cumprirá seu mister se for dotado de efetividade. De fato, o processo precisa ter condições de verdadeiramente tutelar os direitos em disputa, permitindo sua concretização no mundo dos fatos, sob pena de não passar de um amontoado de papéis desprovido de significado real. Afinal, como destacado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais do que um fantasma de direito, não são senão palavras”⁵⁰.

A atividade gerencial, nesse prisma, é voltada para a satisfação do direito disputado. Sendo assim, ela envolve o manejo dos poderes de efetivação do juiz, o acompanhamento e a supervisão dos resultados obtidos, e ainda a eventual adaptação das medidas necessárias para a satisfação do bem da vida concedido em favor de uma das partes⁵¹.

⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management*, Peking University Law Journal, 6:1, p. 18.

⁴⁹ Conforme destacado por Benoît Allemeersch: “The concept behind case management is that the procedural treatment of a case should not be driven by the parties’ strategies, but should be taken in hand and controlled by the court. It is the court that bears responsibility for the swift and efficient administration of justice, and therefore has to steer the case through the procedure – not just during hearings, but also during preparatory phases. To this end, courts have developed various approaches, which together we call ‘case management’. The term suggests a new understanding of the judge’s role in civil

litigation, his mission being not only to decide the case as the parties present it to him, but also to manage the caseload that confronts his court in a way that every procedure is dealt with in the most efficient manner”. ALLEMEERSCH, Benoît. *The Belgian Perspective on Case Management In Civil Litigation*, in VAN RHEE, C.H. *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, ed. Intersentia, Antuérpia 2008, p. 79.

⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.94, n.836, p. 11, jun. 2005.

⁵¹ Em célebre trabalho sobre o “case management”, Judith Resnik ilustra o papel gerencial dos magistrados no âmbito da efetivação das decisões judiciais através do modelo hipotético de caso intitulado “*Petite v.*

A preocupação com a efetividade, contudo, não é suficiente para assegurar a eficiência do processo. Com efeito, o processo pode alcançar os resultados esperados e satisfazer a pretensão das partes, mas se o fizer em tempo e modo inadequados, não poderá ser considerado eficiente, a despeito da sua efetividade. Em outras palavras, a eficiência vai além da pura e simples efetividade, exigindo que esta seja alcançada em tempo razoável e com os menores custos possíveis.

Adentrando na análise do segundo eixo para o qual o processo deve ser impulsionado, é de conhecimento geral que a duração razoável é um atributo indispensável de qualquer processo que se pretenda justo. Como bem pontuado por Rui Barbosa, “*justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*”⁵².

O atraso no desfecho de um processo gera, por si só, um “dano marginal”⁵³ aos atores processuais, decorrente do estado de indefinição prolongado do litígio. Além disso, a própria Justiça como um todo é

prejudicada pela morosidade processual, na medida em que quanto mais tempo um processo permanece pendente nas prateleiras do Judiciário, maior será a sobrecarga e o congestionamento das unidades judiciárias, afetando a qualidade da prestação jurisdicional para a sociedade.

Nesse contexto, a atividade gerencial deve prevenir e combater dilações indevidas e condutas procrastinatórias, aproveitar ao máximo os atos processuais, e planejar o desenvolvimento do processo de modo rápido, organizado e adequado à natureza da causa.

No que concerne ao terceiro eixo, o processo deve ser econômico, no sentido de evitar gastos desnecessários e desproporcionais e otimizar o emprego dos recursos disponíveis. O processo gera despesas tanto para os litigantes e intervenientes quanto para o próprio Poder Judiciário, de modo que o gerenciamento dos custos (“*cost management*”) é fundamental para evitar não só manobras processuais destinadas a pressionar ou onerar excessivamente

Governador”, uma demanda estrutural movida em face do Estado, na qual este foi condenado a melhorar as condições de uma determinada entidade prisional. No caso hipotético trabalhado pela autora, a fase de cumprimento de sentença se prolonga no tempo e demanda contínuo acompanhamento para fins de controle, determinação e adaptação das medidas necessárias ao cumprimento da obrigação imposta na sentença, tais como redução da lotação do estabelecimento, aumento do efetivo de segurança, contratação de serviços de limpeza, determinação de fornecimento de quantitativo mínimo de

refeições diárias, dentre outras medidas. RESNIK, Judith. *Managerial Judges*, 96 *Harvard Law Review* 376 (1982-1983), pp. 387/388.

⁵² BARBOSA, Rui. Oração aos moços, edição popular anotada por Adriano da Gama Kury, 5ª ed, Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 40.

⁵³ CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no Projeto do Novo Código de Processo Civil, Coleção Grandes Temas do Novo CPC, cord. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire, vol. 8 – Normas Fundamentais, JusPodivm 2016, p. 77.

determinados sujeitos processuais, mas também para resguardar o emprego adequado dos recursos públicos, titularizados por toda a sociedade.

Vale ressaltar que na tarefa de impulsionar o processo rumo aos três eixos até o momento abordados (efetividade, duração razoável) não se deve ter em mente apenas a necessidade de atender aos interesses do litígio individualizado. É necessário, ainda, atentar para o aspecto macro da busca pela eficiência, o qual se relaciona com o ideal de bom funcionamento do sistema de Justiça. Com efeito, sendo a Justiça um “recurso comum”⁵⁴, sua administração adequada é indispensável para que a satisfação da pretensão de determinados jurisdicionados não ocorra em prejuízo do atendimento às necessidades dos demais usuários desse recurso, resguardando a isonomia na prestação jurisdicional. Positivamente, o dispêndio de forças do Judiciário para atender exaustivamente a um determinado processo não deve implicar no sacrifício desproporcional destas mesmas e invariáveis forças que precisam ser destinadas a diversos outros processos. Portanto, a jurisdição deve ser exercida de maneira proporcional e equilibrada, ponderando a necessidade de se garantir a eficiência tanto do caso individual, quanto do sistema de Justiça como um todo.

O quarto eixo está relacionado à flexibilidade do procedimento. Num cenário de litigância múltipla, complexa e volátil, característico da sociedade contemporânea, seria ingênuo pensar que a lei teria condições de disciplinar de forma exaustiva todos os caminhos e variações procedimentais necessários à tutela dos mais variados conflitos. Por conseguinte, o processo precisa estruturado com algum grau de maleabilidade para que as partes e o juiz possam ter alguma margem de manobra na condução dos casos concretos, permitindo a adaptação e customização do procedimento em atenção às particularidades de cada causa.

O quinto e último eixo de impulsionamento do processo diz respeito à cooperação entre os atores processuais. Este eixo não pode ser considerado um aspecto indissociável da eficiência, já que é possível obtê-la mesmo num modelo de processo não cooperativo, mas, sem dúvida, funciona como um enorme facilitador para a sua concretização.

A desejada cooperação entre os atores processuais é multifacetada, ocorrendo nos vetores “parte-parte”, “juiz-partes” e “partes-juiz”.

No aspecto interpartes, embora autor e réu, via de regra, possuam interesses antagônicos no processo, ambos têm (ou pelo menos deveriam ter) ao menos um interesse convergente: a pacificação do conflito de maneira justa e adequada. Diante

⁵⁴ GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. RDA – Revista de Direito

Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014, pp. 176/179.

deste interesse comum, mostra-se legítimo exigir esforços colaborativos reciprocamente entre as partes para que o conflito seja corretamente solucionado, o que inclui o dever de promoverem tentativas sérias de autocomposição do conflito.

Na vertente “juiz-partes”, observa-se que o magistrado deve assegurar que o processo se desenvolva num ambiente adequado e colaborativo. Nesse sentido, o magistrado deve orientar as partes quanto aos direitos em disputa, buscar reduzir a assimetria de poderes e de informação entre as partes, aproveitar ao máximo os atos praticados, assegurar a participação das partes nas decisões que dizem respeito aos rumos que a relação processual deve tomar, de maneira a legitimar o procedimento como espaço para o diálogo e exercício do contraditório. Atualmente também se concebe um dever do juiz de facilitar e estimular as negociações autocompositivas, superando as barreiras eventualmente existentes para o acordo, orientando as partes a respeito das vantagens dos métodos adequados de solução das controvérsias, e propagando da cultura da pacificação do conflito⁵⁵.

Por fim, na vertente “partes-juiz”, as partes e seus advogados devem colaborar com o Poder Judiciário na missão de administrar adequadamente a Justiça. Afinal, sendo esta custeada pela sociedade,

todos têm a responsabilidade de fazer bom uso de tal “recurso comum”. Nesse contexto, comportamentos contrários às finalidades do processo ou que denotem a utilização desnecessária ou abusiva do sistema de Justiça devem ser evitados e reprimidos. Adota-se, aqui, a ideia de cooperação desenvolvida por Erik Navarro Wolkart, no seguinte sentido: *“se a cooperação é união de esforços em prol de benefício comum, esse benefício, no processo, é o bom funcionamento do sistema de justiça. (...) Sendo assim, o conteúdo da cooperação no processo civil abrange todos os deveres dos sujeitos processuais capazes de auxiliar o processo e o sistema como um todo ao proferimento tempestivo de tutelas jurisdicionais justas e efetivas.”*⁵⁶

Feitas essas considerações iniciais, podemos então introduzir o “*case management*” como sendo o conjunto de técnicas e condutas adotadas, sobretudo pelos juízes, na direção e gerenciamento do processo, do início ao fim da relação processual, voltadas para organizar, planejar e controlar a sua marcha, assim como para encaminhar o litígio para a solução que se mostre mais justa e adequada, incluindo a satisfação do direito em disputa, com o intuito de implementar um modelo de processo eficiente, que atenda os ideias de celeridade, economicidade, efetividade, adaptabilidade e

⁵⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e Pacificação*. Paraná: CRV, 2017, p. 272.

⁵⁶ WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a Economia, o Direito*

e a Psicologia podem vencer a tragédia da justiça, 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 233.

cooperação, e que seja apto a tutelar tanto os interesses das partes, quanto os da boa administração judiciária⁵⁷.

Note-se que o “*case management*” tem múltiplas dimensões. Ele envolve desde a (i) gestão administrativa, relacionada à organização do trabalho nas unidades judiciárias e otimização dos recursos disponíveis para a prestação jurisdicional, passando pela (ii) gestão do conflito, dirigida à identificação das peculiaridades do caso e das partes para que seja conferido o tratamento mais adequado ao litígio, até alcançar a (iii) gestão do procedimento, o qual deve ser conduzido de forma efetiva e deve contar com a possibilidade de

flexibilização para melhor se amoldar especificidades dos litígios⁵⁸.

A ampliação dos poderes judiciais na atividade de gerenciamento processual consiste num fenômeno que tem se verificado em diversos países, oriundos das mais distintas culturas e tradições jurídicas. Reforçando essa assertiva, observa-se que importantes instrumentos de Direito Processual Internacional fazem menção expressa ao “*case management*” e trazem disposições a respeito do tema.

Neste ensaio, analisaremos a disciplina do “*case management*” em dois relevantes instrumentos de “*soft law*”⁵⁹ do Direito Internacional, quais

⁵⁷ De modo similar, ainda que com ênfase diferenciada para alguns dos aspectos acima mencionados, Antonio Cabral sustenta o seguinte: “*Case management constitutes the early and continuous control over a judicial process and its proceedings in terms of efficiency, in order to enhance speed and quality, as well as to ensure compliance. Case management depends on planning and works by establishing objectives related to activities within the justice system that are suited to the attainment of these targets. These planned activities are to be performed in a resourcesaving manner and accompanied by indicators that enable control of the results. Constant monitoring in each step of the process is crucial to allow for adjournments and adjustments*” (CABRAL, Antonio do Passo. *New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management*, *Peking University Law Journal*, 6:1, p. 7). Paulo Eduardo da Silva, por sua vez, pontua que “o “gerenciamento de processos” pode ser compreendido como planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e custos. Depende de uma postura ativa do juiz no controle do

andamento dos feitos e organização da unidade judiciária. Seus mecanismos básicos são o envolvimento imediato do juízo com as questões da lide, a abertura para a resolução alternativa do conflito e o planejamento do andamento e dos custos do processo” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de Processos Judiciais*, São Paulo, Saraiva 2010, p. 35).

⁵⁸ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Case management no Brasil*. Revista ANNEP de Direito Processual Vol 1, No. 2, Art 24, 2020, pp. 15/24.

⁵⁹ “*Defined by one commentator, “soft law” is a set of legal “instruments of a normative nature with no legally binding force, and which are applied only through voluntary acceptance...” In other words, soft law is legal rules that are not positive law and therefore not judicially binding. (...). Many of the modern sources of soft law, though, are from instruments promulgated by prominent multinational organizations such as the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”) and the International Institute for the Unification of Private Law (“UNIDROIT”) and private bodies such as the International Chamber of Commerce (“ICC”)*”. GABRIEL, Henry D., *The Use of Soft Law in the Creation of*

sejam, os “Princípios do Processo Civil Transnacional”, do “*American Law Institute*” (ALI) e do Instituto para Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), elaborados em 2004 (“*ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*”), e o Modelo de Regras Europeias de Processo Civil, aprovado em 2020 pelo “*European Law Institute*” (ELI) e pelo UNIDROIT (“*ELI/ UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*”).

Esses documentos consistem em modelos de regras e princípios produzidos a partir de estudos de Direito Comparado realizados por especialistas de múltiplas nacionalidades, voltados para a harmonização e uniformização do Direito ⁶⁰. Embora não sejam vinculantes, buscam inspirar e servir de base para o aprimoramento do ordenamento jurídico de diversos países, de modo que os *standards* neles relacionados são idôneos para refletir tendências contemporâneas e boas práticas processuais verificadas no Direito Comparado.

O objetivo deste ensaio é averiguar como a atividade gerencial dos juízes foi concebida e desenhada nos mencionados documentos de Direito Internacional, de maneira a permitir o conhecimento e a reflexão acerca do modelo de resolução de conflitos idealizado por trabalhos voltados para a harmonização e uniformização do Direito no âmbito de uma sociedade globalizada, volátil, imediatista e complexa, que enfrenta dificuldades para administrar adequadamente seus sistemas de Justiça⁶¹.

2. O “CASE MANAGEMENT” NOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL TRANSNACIONAL (ALI/UNIDROIT)

Os Princípios do Processo Civil Transnacional são fruto de um projeto capitaneado por Geoffrey Hazard e Michele Taruffo que se desenvolveu a partir dos anos 90⁶².

Os Princípios foram elaborados em projeto patrocinado pelo

Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been? 40 Michigan Journal of International Law. 413 (2019).

⁶⁰ GOTTWALD, Peter. *Comparative civil procedure*, *Ritsumeikan Law Review*, n. 22, mar./2005.

⁶¹ Segundo C.H. van Rhee: “*Since the second half of the twentieth century, the case load of the courts has risen dramatically in almost all jurisdictions and is still on the rise. At the same time, many governments are unwilling to invest the necessary sums of money in the court system. Consequently, there is a risk that the quality of the administration of justice suffers under the increasing workload. As a result of the shortage of funding, the dockets of many courts are overloaded and in some countries*

the backlog of cases has caused alarm.” VAN RHEE, C.H. *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, ed. Intersentia, Antuérpia 2008, p. 1.

⁶² É interessante observar que os líderes do trabalho são oriundos de diferentes tradições jurídicas, de modo que o projeto buscou conciliar os pontos mais positivos tanto do *common law*, quanto do *civil law*: “*Hazard and Taruffo, although steeped in their respective common law and civil law traditions, were each receptive to the best features of the opposing system. The Rules are thus a fusion of what the authors think are the most attractive attributes of the two systems in the context of transnational litigation.*” HAZARD, Geoffrey C. Jr. e TARUFFO, Michele. “*Transnational Rules of*

“American Law Institute” (ALI), uma associação quase centenária composta, sobretudo, de advogados, juízes e professores, focada na produção de trabalhos acadêmicos destinados ao esclarecimento, modernização e melhoria do Direito. A partir do ano 2000, o projeto passou a ser conduzido em colaboração com o UNIDROIT (“*The International Institute for the Unification of Private Law*”), organização intragovernamental independente, composta de mais de 60 países, cujo objetivo é realizar pesquisas e reflexões voltadas para a harmonização e uniformização do Direito Privado, especialmente através da elaboração de instrumentos jurídicos, como princípios e leis-modelo.

O texto dos Princípios do Processo Civil Transnacional foi aprovado em 2004 na 83ª sessão do Conselho de Governo do UNIDROIT e no 81º encontro anual do “*American Law Institute*” (ALI).

O trabalho tem como finalidade harmonizar e uniformizar regras processuais de diversos ordenamentos jurídicos para criar mais segurança e previsibilidade no tratamento dos litígios transnacionais, onde ao menos uma das partes acaba litigando em foro pouco usual e regido por regras próprias e, em geral, desconhecidas⁶³.

As regras ⁶⁴ foram planejadas com a ambição de que pudessem ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos internos para que fossem aplicadas, pelo princípio da especialidade, aos conflitos

Civil Procedure Rules and Commentary,” Cornell International Law Journal: Vol. 30: Iss. 2, Article 6 (1997).

⁶³ Nas palavras de Antonio Gidi, “A necessidade de uniformização das normas processuais se faz sentir já há algum tempo, principalmente para o advogado habituado a operar em causas de natureza transnacional. Essa necessidade é acentuada pelo fato de que, até o momento, as tentativas de harmonização do direito tem-se limitado quase exclusivamente a matérias de conteúdo substancial. As poucas convenções internacionais na área do direito processual limitam-se a estimular a assistência jurídica entre os países, principalmente no que se refere a citação e a tomada de provas em outro país e ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. O procedimento propriamente dito continua sendo regulado pelo direito processual de cada país. As Normas Transnacionais visam a uniformizar ou harmonizar as normas processuais atualmente existentes nos diversos países, no que refere as controvérsias transnacionais. O seu principal

objetivo é reduzir as incertezas e ansiedades do estrangeiro que se vê abrigado a litigar em um foro pouco familiar, através de leis processuais que desconhece. Sua introdução nos sistemas jurídicos dos diversos Estados tanto pode ser feita através de tratado internacional, como através da promulgação de lei nacional.” GIDI, Antonio. Apresentação ao Projeto às Normas Transnacionais de Processo Civil. *Revista de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n. 52, p. 595.

⁶⁴ Vale ressaltar que “A dificuldade de consenso entre a comunidade acadêmica fez com o projeto inicial de harmonização se ativesse à recopilación de princípios gerais e não mais de regras do processo civil transnacional”. MOSCHEN, Valesca Raizer Borges e BARBOSA, Luiza Nogueira. O Processo Civil Internacional no CPC/2015 e os Princípios Ali/Unidroit do Processo Civil Transnacional: uma análise de consonância da harmonização processual. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 2. Maio a Agosto de 2018, pp. 207/208.

transnacionais. No entanto, independentemente de uma eventual incorporação pelos ordenamentos domésticos, a edição dos Princípios do Processo Civil Transnacional cumpre uma importante missão acadêmica. Por consistir num corpo harmônico e sistemático de enunciados que reúne os aspectos mais vantajosos de diferentes escolas jurídicas, o trabalho coordenado pelo ALI/UNIDROIT serve de importante marco referencial para a comparação, investigação e ponderação acerca das questões que podem ser aprimoradas ou modernizadas nos ordenamentos jurídicos internos dos países⁶⁵. Essa função de referencial acadêmico desempenhada pelos Princípios do Processo Civil Transnacional não fica restrita aos litígios transnacionais, sendo extensível a todos os modelos de processamento e resolução das demandas no âmbito do Poder Judiciário, como consignado logo na primeira disposição dos Princípios do Processo Civil Transnacional⁶⁶.

Feita essa apresentação acerca dos Princípios do Processo Civil Transnacional, passamos a examinar as disposições afetas à temática trabalhada neste artigo, qual seja, o “*case management*”.

Dos trinta e um princípios listados no documento, um é integralmente dedicado à disciplina do

gerenciamento processual pelo juiz. O princípio nº 14 dispõe o seguinte:

“14. Court Responsibility for Direction of the Proceeding

14.1 Commencing as early as practicable, the court should actively manage the proceeding, exercising discretion to achieve disposition of the dispute fairly, efficiently, and with reasonable speed. Consideration should be given to the transnational character of the dispute.

14.2 To the extent reasonably practicable, the court should manage the proceeding in consultation with the parties.

14.3 The court should determine the order in which issues are to be resolved, and fix a timetable for all stages of the proceeding, including dates and deadlines. The court may revise such directions.”

Os Princípios do Processo Civil Transnacional expressamente estabelecem, no item 14.1, que o juiz é responsável por gerenciar o processo, e que esse gerenciamento deve começar o quanto antes. Ademais, o enunciado demonstra que o gerenciamento processual demanda uma postura ativa do juiz, ao qual é

⁶⁵ HAZARD, Geoffrey C. Jr., e TARUFFO, Michele. “*Transnational Rules of Civil Procedure Rules and Commentary*,” Cornell International Law Journal: Vol. 30 (1997): Iss. 2, Article 6, pp. 494/494.

⁶⁶ “*Scope and Implementation: These Principles are standards for adjudication of*

transnational commercial disputes. These Principles may be equally appropriate for the resolution of most other kinds of civil disputes and may be the basis for future initiatives in reforming civil procedure.”

conferido certo grau de discricionariedade para conduzir o processo em direção à solução justa, eficiente e rápida do conflito.

O item 14.1 ainda menciona a necessidade de se observar as peculiaridades decorrentes do caráter transnacional da disputa, o que é natural, uma vez que os princípios são voltados para reger esse tipo de litígio. Entretanto, ampliando-se o escopo de incidência dos Princípios do Processo Civil Transnacional, dado ao seu papel de referencial acadêmico, tal passagem deve ser interpretada no sentido de que os poderes de gerenciamento devem permitir a adaptação do procedimento aos contornos e à natureza do caso concreto, permitindo que o processo seja um instrumento adequado à tutela dos direitos nele debatidos.

No item 14.2, os Princípios do Processo Civil Transnacional enaltecem a importância da colaboração entre o juiz e as partes no tocante aos rumos da marcha processual. Essa colaboração vai além da simples observância do contraditório formal na tomada das decisões gerenciais, impondo ao magistrado um dever de, via de regra, consultar as partes e abrir espaço para que efetivamente possam influenciar no planejamento da marcha processual, mesmo porque é delas o interesse direto na resolução da controvérsia.

O princípio 14.3 prescreve que o juiz deve estabelecer a ordem na qual as questões serão resolvidas e fixar datas e prazos para as etapas do processo, podendo rever essas determinações, caso seja necessário. Essas disposições, embora aparentemente burocráticas, representam importante forma de gerenciamento processual. A ordem de solução dos impasses pode facilitar a formulação de acordos, além de evitar o gasto de energia com questões que podem ficar prejudicadas a depender do encaminhamento dado a um impasse anterior. De outro lado, a calendarização dificulta que o processo seja manipulado com fins procrastinatórios, imprimindo celeridade e efetividade à marcha processual.

A disciplina do “*case management*” nos Princípios do Processo Civil Transnacional é sucinta, dada a própria natureza do documento, que não se propõe a esmiuçar regras de procedimento. De toda forma, disposições ligadas ao “*case management*” não se esgotam no item 14 dos Princípios do Processo Civil Transnacional, mas podem ser encontradas em outras passagens do documento.

Duas das finalidades do gerenciamento processual, quais sejam, a decisão da disputa em tempo razoável e a cooperação das partes com a prestação jurisdicional, estão previstas no item 7⁶⁷.

⁶⁷ “7. Prompt Rendition of Justice
7.1 The court should resolve the dispute within a reasonable time.

7.2 The parties have a duty to cooperate and a right of reasonable consultation concerning scheduling. Procedural rules and court orders may prescribe reasonable time schedules and

O princípio 9 promove uma estruturação das fases do processo, enumerando uma série de deveres gerenciais do juiz, sobretudo na fase intermediária, na qual o processo é saneado ⁶⁸. Nos comentários ao dispositivo ⁶⁹, os autores do projeto ressaltam que a estrutura das fases do processo deve ser aplicada com flexibilidade, levando em consideração a natureza de cada litígio, o que evidencia que o juiz é dotado de poderes para customizar o processo e adaptá-lo conforme as necessidades de cada caso.

No item 11, os Princípios do Processo Civil Transnacional preveem o dever dos advogados e das partes de agirem conforme a boa-fé, bem como

compartilha com as partes a responsabilidade, acometida também ao juiz, de promover um processo rápido, justo e eficiente ⁷⁰. Em complemento, o item 17 prevê as sanções que podem ser aplicadas pelo juiz às partes, advogados e terceiros que faltarem com o dever de cooperação com a Justiça.

O princípio 12, ao tratar dos processos envolvendo múltiplas partes, prevê que o juiz tem poderes para separar demandas, questões ou partes, ou ainda para determinar a reunião de processos, no intuito de promover uma administração da Justiça mais adequada e eficiente ⁷¹.

O ideal de fomento da cultura do acordo e promoção, pelo juiz, dos

deadlines and impose sanctions on the parties or their lawyers for noncompliance with such rules and orders that is not excused by good reason.”

⁶⁸ 9. Structure of the Proceedings

9.1 A proceeding ordinarily should consist of three phases: the pleading phase, the interim phase, and the final phase.

9.2 In the pleading phase the parties must present their claims, defenses, and other contentions in writing, and identify their principal evidence.

9.3 In the interim phase the court should if necessary:

9.3.1 Hold conferences to organize the proceeding;

9.3.2 Establish the schedule outlining the progress of the proceeding;

9.3.3 Address the matters appropriate for early attention, such as questions of jurisdiction, provisional measures, and statute of limitations (prescription);

9.3.4 Address availability, admission, disclosure, and exchange of evidence;

9.3.5 Identify potentially dispositive issues for early determination of all or part of the dispute; and

9.3.6 Order the taking of evidence.

9.4 In the final phase evidence not already received by the court according to Principle 9.3.6 ordinarily should be presented in a concentrated final hearing at which the parties should also make their concluding arguments.

⁶⁹ Comment: P-9A The concept of “structure” of a proceeding should be applied flexibly, according to the nature of the particular case. For example, if convenient a judge would have discretion to hold a conference in the pleading phase and to hold multiple conferences as the case progresses.

⁷⁰ 11. Obligations of the Parties and Lawyers

11.1 The parties and their lawyers must conduct themselves in good faith in dealing with the court and other parties.

11.2 The parties share with the court the responsibility to promote a fair, efficient, and reasonably speedy resolution of the proceeding. The parties must refrain from procedural abuse, such as interference with witnesses or destruction of evidence.

⁷¹ 12.5 The court may order separation of claims, issues, or parties, or consolidation with other proceedings, for fair or more efficient management and determination or in the interest of justice.

métodos adequados de solução dos conflitos, encontra guarida no item 24 dos Princípios do Processo Civil Transnacional, estando o magistrado autorizado, inclusive, a ajustar a distribuição das despesas processuais para desestimular comportamentos não cooperativos ou atentatórios à boa-fé no âmbito das tratativas de autocomposição⁷².

A atividade de gerenciamento processual na fase de execução não é tratada nos Princípios de Direito Processual Transnacional, o qual contém uma única disposição a respeito do tema, dotada de caráter generalíssimo⁷³. De fato, os Princípios do Processo Civil Transnacional não tiveram o escopo de disciplinar a fase executória, a qual será objeto de outro trabalho específico do UNIDROIT⁷⁴.

Os Princípios do Processo Civil Transnacional aprovados pelo ALI e pelo UNIDROIT são acompanhados de um anexo, denominado “Regras do Processo Civil Transnacional”. Estas

Regras não foram formalmente adotadas pelo ALI ou pelo UNIDROIT, mas consistem num modelo de concretização dos Princípios do Processo Civil Transnacional elaborado pelos próprios “*Reporters*” que trabalharam na edição dos Princípios.

No que interessa ao presente artigo, as Regras do Processo Civil Transnacional trazem, no capítulo E (“*General Authority of the Court*”), previsões específicas acerca do “*case management*”, conforme se observa do item 18:

18. Case Management

18.1 *The court should assume active management of the proceeding in all stages of the litigation. Consideration should be given to the transnational character of the dispute.*

18.2 *The court should order a planning conference early in*

⁷² 24. Settlement

24.1 *The court, while respecting the parties’ opportunity to pursue litigation, should encourage settlement between the parties when reasonably possible.*

24.2 *The court should facilitate parties’ participation in alternative-dispute-resolution processes at any stage of the proceeding.*

24.3 *The parties, both before and after commencement of litigation, should cooperate in reasonable settlement endeavors. The court may adjust its award of costs to reflect unreasonable failure to cooperate or bad-faith participation in settlement endeavors.*

⁷³ 29. Effective Enforcement

Procedures should be available for speedy and effective enforcement of judgments, including money awards, costs, injunctions, and provisional measures.

Comment: P-29A Many legal systems have archaic and inefficient procedures for enforcement of judgments. From the viewpoint of litigants, particularly the winning party, effective enforcement is an essential element of justice. However, the topic of enforcement procedures is beyond the scope of these Principles.

⁷⁴ Conforme informações obtidas no site do UNIDROIT, foi prevista a criação de um grupo de trabalho para a elaboração dos Princípios Transnacionais da Execução Efetiva. Foi realizado estudo preliminar de viabilidade, no qual ficou consignado que o projeto somente começaria a ser implementado após a preparação das Regras-Modelo de Processo Civil Europeu, aprovadas apenas no segundo semestre de 2020.

the proceeding and may schedule other conferences thereafter. A lawyer for each of the parties and an unrepresented party must attend such conferences and other persons may be ordered to do so.

18.3 In giving direction to the proceeding, the court, after discussion with the parties, may:

18.3.1 Suggest amendment of the pleadings for the addition, elimination, or revision of claims, defenses, and issues in light of the parties' contentions at that stage;

18.3.2 Order the separation for a preliminary or separate hearing and decision of one or more issues in the case and enter an interlocutory judgment addressing such issues and their relation to the remainder of the case;

18.3.3 Order the separation or consolidation of cases pending before itself, whether those cases proceed under these Rules or those of the forum, when doing so may facilitate the proceeding and decision;

18.3.4 Make decisions concerning admissibility and exclusion of evidence; the sequence, dates, and times of hearing evidence; and other matters to simplify or expedite the proceeding; and

18.3.5 Order any person subject to the court's authority to produce documents or other

evidence, or to submit to deposition as provided in Rule 23.

18.4 To facilitate efficient determination of a dispute, the first-instance court may take evidence at another location or delegate taking of evidence to another court of the forum state or of another state or to a judicial officer specially appointed for the purpose.

18.5 The court may at any time suggest that the parties consider settlement, mediation, or arbitration or any other form of alternative dispute resolution. If requested by all parties, the court must stay the proceeding while the parties explore those alternatives.

18.6 In conducting the proceeding the court may use any means of communication, including telecommunication devices such as video or audio transmission.

18.7 Time limits for complying with procedural obligations should begin to run from the date of notice to the party having the obligation.

Parte relevante do conteúdo das regras acima transcritas foi tangenciada pelos comentários feitos aos "Princípios". No entanto, ainda existem alguns aspectos que devem ser realizados.

A regra 18.1 complementa o princípio 14.1, citado nas linhas anteriores, para esclarecer que o "case

management” não apenas deve ser exercido o mais cedo possível, como também deve ocorrer durante todas as etapas do processo.

As regras 18.2 a 18.4 conferem ao juiz diversas possibilidades de organizar, conduzir e dirigir o processo. Essas possibilidades podem ser exercidas discricionariamente pelo magistrado, tendo em vista a necessidade de adaptar e adequar as diretrizes do processamento do feito à natureza e às exigências de cada litígio. Nessa linha, no comentário R-18A os “Reportes” consignam que “*The court has wide discretion in deciding how to conclude the interim phase, and in determining how to provide for the following final phase of the proceedings*”⁷⁵.

Algumas técnicas de gerenciamento previstas nas regras acima mencionadas merecem um destaque adicional. A regra 18.3.1 permite que o juiz interfira diretamente no conteúdo da postulação ou da defesa, sugerindo emendas para adicionar, eliminar ou revisar postulações. Ainda que essa intervenção judicial tenha caráter meramente sugestivo, ficando a alteração das postulações a critério das partes, ela revela que para melhor gerenciar o conflito o juiz pode até mesmo interferir na definição das questões controvertidas submetidas à sua apreciação. Essa intervenção no conteúdo das postulações não

configura uma “intromissão judicial” indevida na liberdade de as partes demandarem, se defenderem e traçarem suas estratégias. Ao contrário, ela permite que o magistrado assuma um papel colaborativo auxiliando as partes na identificação dos pontos que realmente importam para a resolução do conflito, de maneira a tornar a discussão menos complexa e mais focada naquilo que de fato é relevante.

A regra 18.3.3 contempla a possibilidade de reunião ou separação de processos perante o juiz como técnica de facilitação do processamento e da decisão dos casos. Trata-se de uma ferramenta que auxilia tanto o gerenciamento do processo individual quanto a administração de todo o acervo de casos distribuídos a uma unidade jurisdicional, evidenciando que a eficiência deve ser buscada nas perspectivas micro e macro processual.

A atuação do juiz como gestor da instrução probatória está prevista na regra 18.3.4. É importante observar que o dispositivo faz alusão não somente aos poderes formais de gerenciamento, tais como a definição das datas e da sequência em que será realizada a atividade probatória, mas também aos poderes substanciais, como as decisões concernentes à admissibilidade e à pertinência das provas. Assim, fica nítido que o “case

⁷⁵ UNIDROIT 2005 – Study LXXVI – Doc. 13 - ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure - Appendix: Rules of Transnational Civil Procedure (A Reporters’ Study), p. 49, disponível em

<https://www.unidroit.org/english/documents/2005/study76/s-76-13-e.pdf>, acesso em 04/01/2020.

management” também se desenvolve no campo material, pois certas decisões gerenciais podem repercutir diretamente nos direitos e ônus das partes, como sói ocorrer na seara probatória.

A regra 18.5 reforça o dever de o magistrado fomentar a autocomposição do conflito e o emprego dos métodos adequados de solução de controvérsias. Entretanto, essa atividade de propagação da cultura do consenso não pode representar uma negação ao perfil clássico da jurisdição contenciosa. Diante das crescentes pressões para se assegurar a eficiência através da disposição de casos, os juízes podem se sentir estimulados a abandonar a trabalhosa função adjudicatória e substituí-la pela busca incessante de solucionar o litígio através de autocomposição, mesmo quando esta não se mostre adequada ao caso concreto⁷⁶. Para contornar esse risco, a regra 18.5 previu que as partes podem demandar que o processo não seja suspenso pelas tratativas negociais. Além disso, o estímulo ao consenso não pode se transformar numa “autocomposição obrigatória”. Como destacado no comentário R-18F, *“This Rule authorizes the court to encourage*

discussion between the parties, but not to exercise coercion”⁷⁷.

Apresentado todo esse panorama, verifica-se que os Princípios do Processo Civil Transnacional elaborados pelo ALI/UNIDROIT, mesmo que dotados de caráter generalista e enumerados em poucos e curtos dispositivos, conferem grande destaque para o gerenciamento dos processos pelos juízes, sobretudo na fase de conhecimento. As Regras do Processo Civil Transnacional, por sua vez, conquanto reflitam apenas o pensamento dos “*Reportes*” acerca do modo de implementação dos “Princípios”, reforçam que o juiz deve gerenciar o processo com ampla discricionariedade, adotando as medidas que sejam mais adequadas para o caso concreto.

Nesse contexto, observa-se que aos magistrados foi outorgado um papel ativo e de destaque na direção e organização do processo, com a responsabilidade de conduzi-lo para o alcance eficiente das suas finalidades. Além disso, foi acentuado o papel do juiz como baluarte da cooperação processual entre os litigantes, evitando e reprimindo abusos e fomentando a utilização de métodos adequados de solução dos conflitos, o que vai ao

⁷⁶ Segundo Judith Resnik, “*judges with supervisory obligations may gain stakes in the cases they manage. Their prestige may ride on “efficient” management, as calculated by the speed and number of dispositions. Competition and peer pressure may tempt judges to rush litigants because of reasons unrelated to the merits of disputes.*” RESNIK, Judith. “*Managerial Judges*”, 96 *Harvard Law Review* 376 (1982-1983), p. 427.

⁷⁷ UNIDROIT 2005 – Study LXXVI – Doc. 13 - ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure - Appendix: Rules of Transnational Civil Procedure (A Reporters’ Study), p. 50, disponível em <https://www.unidroit.org/english/documents/2005/study76/s-76-13-e.pdf>, acesso em 04/01/2020.

encontro dos objetivos do “case management”.

3. O “CASE MANAGEMENT” NO MODELO DE REGRAS EUROPEIAS DO PROCESSO CIVIL (ELI/UNIDROIT)

Quase dez anos após a aprovação dos Princípios do Processo Civil Transnacional (ALI/UNIDROIT), foram iniciados os trabalhos para a criação das Regras Europeias de Processo Civil. Em 2013, o “*European Law Institute*” (ELI) e o UNIDROIT se reuniram com o propósito de desenvolver e adaptar os Princípios do Processo Civil Transnacional para a realidade europeia, criando, assim, um conjunto de regras-modelo para estimular a coerência e harmonia do sistema processual daquele continente.

Após sete anos de pesquisas, debates e encontros, o Modelo de Regras Europeias de Direito Processual Civil foi aprovado em 2020 pelo ELI e pelo UNIDROIT. Tal como os Princípios de Processo Civil Transnacional, as Regras-modelo representam um documento de “*soft law*” produzido a partir de estudos de Direito Comparado, tendo o escopo de inspirar reformas legislativas voltadas para a modernização e uniformização dos ordenamentos processuais europeus. Além de densificar os Princípios do Processo Civil Transnacional e adaptá-los à realidade

europeia, o projeto buscou reunir as melhores regras processuais aplicadas naquele continente no intuito de criar um modelo capaz de alcançar justiça, rapidez, eficiência e proporcionalidade nos julgamentos⁷⁸.

O Modelo das Regras Europeias de Processo Civil é mais extenso e detalhado do que os Princípios do Processo Civil Transnacional, o que se justifica pelos diferentes propósitos dos projetos. Com efeito, os Princípios do Processo Civil Transnacional (ALI/UNIDROIT) foram editados para um tipo específico de litígio (conflitos transnacionais), e as suas disposições almejam inspirar sistemas jurídicos de todo o mundo. Em razão da limitação temática e da necessidade de harmonização das mais distintas culturas jurídicas, é natural que as prescrições dos Princípios do Processo Civil Transnacional (ALI/UNIDROIT) se apresentem em menor número, sejam mais enxutas e abstratas, quando comparadas com as contidas nas Regras-modelo Europeias (ELI/UNIDROIT). Estas, positivamente, disciplinam uma espécie de litigância muito mais ampla, envolvendo tanto conflitos domésticos quanto transnacionais, e são voltadas, primordialmente, para a harmonização e unificação de ordenamentos processuais de países integrantes de um mesmo bloco econômico. A maior proximidade político-ideológica entre os Estados que são destinatários imediatos das Regras e a amplitude do

⁷⁸ VAN RHEE, C.H., *Towards Harmonised European Rules of Civil Procedure: Obligations of the Judge, the Parties and their Lawyers*

(2020), 1(6) Access to Justice in Eastern Europe, p. 8.

conteúdo abordado culminou com a edição de um regramento mais abrangente, detalhado e, por conseguinte, extenso.

Foram editadas duzentas e quarenta e cinco regras-modelo. O “*case management*” foi explorado, com acentuado destaque, em várias partes do documento, as quais passamos a explorar.

A primeira parte do Modelo das Regras Europeias do Direito Processual versa sobre as disposições gerais, estando repleta de princípios norteadores do gerenciamento processual.

A Regra 2⁷⁹ estabelece um dever geral de cooperação atribuído às partes, aos advogados e aos juízes, os quais devem promover a resolução da disputa de forma “justa, eficiente e rápida” (*fair, efficient and speedy*). Esse dispositivo deve ser lido em conjunto com as regras 5⁸⁰ e 6⁸¹, que contemplam o dever de todos os atores processuais buscarem uma prestação jurisdicional “proporcional” (“*proportionate*”) ao conflito. A respeito das concepções de “*fair, efficient, speedy*” e “*proportionate*”, C.H. van Rhee leciona o seguinte:

“A precise definition of this terminology is hard to provide and may, in any event, even be

dangerous. The terminology is flexible and should be interpreted in light of modern procedural standards. It should be read in the light of the procedural model that is envisaged by these rules. (1) ‘Fair’ includes the observance of modern procedural principles such as the duty of the parties to cooperate with each other and the court and the avoidance of manifestly ill-founded proceedings or the abuse of procedural rules for illegitimate purposes, (2) ‘efficient’ refers, amongst other things, to the use of resources in the least wasteful manner, (3) ‘speedy’ includes a time-frame which is reasonable, given the nature, value and complexity of the case whereas (4) ‘proportionate’ to a certain extent covers similar grounds as the terminology ‘efficient’ and ‘speedy’ taken together. ‘Proportionate’ is added in order to emphasise that different types of cases may require different use of resources and time. The obligations mentioned under (a)-(d) are four important

⁷⁹ Rule 2. General: Parties, their lawyers and the court must co-operate to promote the fair, efficient and speedy resolution of the dispute.

⁸⁰ Rule 5. Role of the Court:

(1) The court must ensure that the dispute resolution process is proportionate.

(2) In determining whether a process is proportionate the court must take account of the nature, importance and complexity of the

particular case and of the need to give effect to its general management duty in all proceedings with due regard for the proper administration of justice.

⁸¹ Rule 6. Role of the parties and their lawyers: Parties and their lawyers must co-operate with the court to promote a proportionate dispute resolution process.

obligations, which result from the duty of the parties mentioned in this rule. Where the rules do not address the particular obligations of the parties, the requested procedural behaviour should be such that the fair, efficient, speedy and proportionate resolution of the dispute is promoted.”⁸²

Justiça, efetividade e celeridade, embora sejam termos polissêmicos, representam conceitos usualmente empregados no estudo da jurisdição e das finalidades do processo. A proporcionalidade, por sua vez, não costuma ser explorada na seara processual, ao menos ao lado dos demais conceitos antes mencionados. No entanto, ela está presente em vários campos do Direito, sobretudo após o advento do neoconstitucionalismo, e envolve uma análise a respeito da adequação (cotejo entre o fim perseguido e os instrumentos utilizados), da necessidade (aferição da possibilidade de se atingir o resultado pretendido sem as medidas escolhidas, ou mediante outras medidas menos gravosas) e da proporcionalidade em sentido estrito (exame do custo-benefício das medidas adotadas)⁸³.

A estipulação de que o processo deve ser “proporcional”, dessa maneira, reforça a ideia de que os

sujeitos devem cooperar para que o processo seja conduzido de forma adequada às exigências específicas do conflito, sem demandar o consumo de tempo, energia e dinheiro das partes além do necessário.

Regra 5(2) ainda prescreve que *“In determining whether a process is proportionate the court must take account of the nature, importance and complexity of the particular case and of the need to give effect to its general management duty in all proceedings with due regard for the proper administration of justice”*. Isso significa que os atores processuais devem cooperar não apenas para que o processo individual seja proporcional no sentido micro, mas também para que ele atenda aos ditames da boa administração da Justiça, numa perspectiva macro. É dizer: uma causa não pode obstruir desnecessariamente o fluxo ordinário dos processos de um determinado Juízo, circunstância que impediria o acesso a uma justiça eficiente por diversos outros litigantes. Essa concepção decorre da ideia de que a Justiça é um “recurso comum” colocado à disposição da sociedade, não podendo ser apropriado com exclusividade por determinados sujeitos. Dessa forma, é dever de todos zelar pela boa administração da Justiça, fazendo uso proporcional das energias do Poder Judiciário.

⁸² VAN RHEE, C.H.. *Towards Harmonised European Rules of Civil Procedure: Obligations of the Judge, the Parties and their Lawyers’* (2020), 1(6) *Access to Justice in Eastern Europe*, p. 12.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva 2010, p. 306.

Seguindo no caminho da cooperação, a Regra 3⁸⁴ concretiza algumas acepções deste dever imposto aos litigantes e seus advogados, estabelecendo que eles devem adotar medidas razoáveis na busca pela autocomposição, assistir ao juiz na determinação dos fatos e da legislação aplicável, observar a boa-fé, não praticar abuso processual e, em especial, devem contribuir para o adequado gerenciamento do processo. Portanto, o Modelo das Regras Europeias de Processo Civil coloca as partes e seus advogados como corresponsáveis pelo “*case management*”, exigindo que eles participem e colaborem ativamente com a gestão processual.

Da atribuição de corresponsabilidade às partes e advogados pelo “*case management*” emergem duas proposições: a primeira é no sentido de que as partes têm o *direito* de participar ativamente do gerenciamento do processo, sendo ouvidas, se manifestando, propondo e influenciando os rumos da marcha processual. Dessa forma, o juiz não pode exercer seus poderes gerenciais de forma isolada, sem considerar as posições das partes e advogados. A segunda proposição consiste no *dever* de as partes e advogados colaborarem

com a boa gestão do processo. Isso significa que elas não podem impor suas estratégias de forma livre e desimpedida, desvinculada das finalidades do processo e da boa administração da Justiça. Assim, ficam vedadas condutas e táticas incompatíveis com ideal de promoção de um processo justo, efetivo, rápido e proporcional.

Apesar de a Regra 3 consignar que as partes e advogados também são personagens ativos no gerenciamento do processo, a Regra 4 deixa claro que, em última instância, cabe ao juiz o exercício dos “*management powers*”⁸⁵.

Observe-se que um dos aspectos centrais do gerenciamento processual a ser exercido pelos juízes consiste em monitorar o cumprimento dos deveres de cooperação pelas partes e advogados. Estes têm o direito e o dever de contribuir para a atividade gerencial, mas, ao fim e ao cabo, seus comportamentos serão controlados e supervisionados pelo juiz, que deverá impedir que a busca pela satisfação dos interesses das partes se sobreponha ao interesse público de assegurar um sistema de justiça eficiente.

Ainda na parte geral, mas agora tratando da cooperação direcionada à

⁸⁴ Rule 3. Role of the parties and their lawyers: Parties and their lawyers must: (a) take reasonable and appropriate steps to settle disputes amicably; (b) contribute to the proper management of the proceedings; (c) present facts and evidence; (d) assist the court in the determination of the facts and the applicable law; (e) act in good faith and avoid procedural abuse when dealing with the court and other parties.

⁸⁵ Rule 4. Role of the Court – the General Case Management Duty:

The court is responsible for active and effective case management. The court must ensure that parties enjoy equal treatment. Throughout proceedings it shall monitor whether parties and their lawyers comply with their responsibilities under these Rules.

consensualidade, a Regra 9⁸⁶ estabelece que as partes e seus advogados devem cooperar na busca pelo acordo, ao passo que o juiz, conforme previsto na Regra 10⁸⁷, deve facilitar a autocomposição em qualquer fase do processo. Na realidade, mais do que simplesmente facilitar, o juiz deve difundir a cultura do acordo, informando e encaminhando as partes para mecanismos de solução adequada do conflito, ou até mesmo participando nas tratativas de negociação.

A atuação judicial para incentivar o acordo pode se dar de diversas maneiras. O juiz pode convocar as partes pessoalmente para o debate, emitir orientações, advertir quanto aos riscos e custos do prolongamento do processo, dentre tantas outras medidas. A própria forma

de organização e planejamento do processo pode fomentar a consensualidade, cabendo ao juiz identificar questões que potencial ou efetivamente emperram a autocomposição para, então, conduzir o procedimento no sentido de contorná-las ou superá-las.

Entretanto, a atuação proativa do juiz na busca pela autocomposição pode colocar em xeque a sua imparcialidade. O juiz, ao participar ativamente das tratativas de acordo, pode perceber que determinadas posturas negociais são adotadas segundo as expectativas de êxito na demanda, ou mesmo ter acesso a informações não filtradas pelas regras probatórias, sendo certo que tais fatores são suscetíveis de influenciar a sua convicção a respeito do direito em disputa⁸⁸. Para contornar os problemas

⁸⁶ C. Settlement: Rule 9. Role of the parties and their lawyers:

(1) Parties must co-operate in seeking to resolve their dispute consensually, both before and after proceedings begin.

(2) Lawyers must inform the parties about the availability of consensual dispute resolution methods, assist them in selecting the most suitable method, and, where appropriate, encourage its use. They must ensure that they use any mandatory method.

(3) Parties may ask the court to render a settlement agreement enforceable.

(4) When a consensual settlement as a whole cannot be reached, parties must take all reasonable opportunities to reduce the number of contested issues prior to adjudication.

⁸⁷ Rule 10. Role of the Court

(1) The court must facilitate settlement at any stage of the proceedings. Particularly, it must ensure that the parties consider settlement in the preparatory stage of proceedings and at case management conferences. If necessary

for furthering the settlement process, it may order the parties to appear before it in person.

(2) The court must inform the parties about the availability of different types of settlement methods. It may suggest or recommend the use of specific consensual dispute resolution methods.

(3) The court may participate in settlement attempts and assist the parties in reaching a consensual resolution. It may also assist in drafting settlement agreements.

(4) Where a judge mediates during a settlement process and receives information in the absence of one of the parties, that judge must not decide the case.

⁸⁸ “The extensive information that judges receive during pretrial conferences has not been filtered by the rules of evidence. Some of this information is received *ex parte*, a process that deprives the opposing party of the opportunity to contest the validity of information received. Moreover, judges are in close contact with attorneys during the course of management. Such interactions may

afetos à imparcialidade do julgador, a Regra 9(4) prevê a seguinte hipótese de impedimento: *“Where a judge mediates during a settlement process and receives information in the absence of one of the parties, that judge must not decide the case”*.

Ultrapassando a parte geral, observamos que o Modelo das Regras Europeias de Processo Civil traz um capítulo específico destinado à disciplina do *“case management”*. Este capítulo (*“Part III”*) é composto de quatro regras, que, dada a sua relevância, são integralmente transcritas a seguir:

PART III – CASE MANAGEMENT

Rule 47. Careful Conduct of litigation by the Parties

Parties must present their claims, defences, factual allegations and offers of evidence as early and completely as possible and as appropriate to the careful conduct of litigation in order to secure procedural expedition.

Rule 48. Court control of proceedings

At all stages of the proceedings the court must monitor whether parties and their lawyers comply with Rule 47 and any order made under Rule 49.

Rule 49. Means of Case management

Where necessary for the proper management of

proceedings, the court shall, in particular:

- (1) encourage parties to take active steps to settle their dispute or parts of their dispute and, where appropriate, to use alternative dispute resolution methods;*
- (2) schedule case management conferences;*
- (3) determine the type and the form of the procedure;*
- (4) set a timetable or procedural calendar with deadlines for procedural steps to be taken by parties and/or their lawyers;*
- (5) limit the number and length of future submissions;*
- (6) determine the order in which issues should be tried and whether proceedings should be consolidated or separated;*
- (7) determine the separation of questions concerning jurisdiction, provisional measures and statutes of limitation for early decision upon special hearings;*
- (8) consider necessary amendments regarding the parties’ proper representation, the consequences of changes related to the parties to litigation and the participation of third parties, intervenors, or other persons;*

become occasions for the development of intense feelings - admiration, friendship, or antipathy. Therefore, management becomes a

fertile field for the growth of personal bias.”
RESNIK, Judith, *“Managerial Judges”*, 96 *Harvard Law Review* 376 (1982-1983), p. 427.

(9) *consider amendments to the pleadings or offers of evidence in the light of the parties' contentions;*

(10) *require a party's appearance in person or require a party's representative, who should be fully informed of all matters relevant to the proceedings, to be present at a court hearing;*

(11) *address the availability, admissibility, form, disclosure and exchange of evidence and, if adequate to the state of proceedings,*

(a) *determine the admissibility of evidence;*

(b) *order the taking of evidence.*

Rule 50. Case Management Orders

(1) *The court may make any case management order on its own motion or on application of a party. When orders or decisions are made without prior consultation with the parties or on a without-notice (ex parte) basis, parties not previously heard may apply for the order or decision to be reconsidered at a hearing or on the basis of written submissions.*

(2) *If the parties agree on a case management measure the court shall not determine differently without good reason.*

(3) *The court may vary or revoke any case management*

order upon a party's or its own motion.

A Regra 47 concretiza o dever de as partes e seus advogados contribuírem para o adequado gerenciamento do processo, conforme previsto nas Regras 2 e, especialmente, 3(b). As partes devem apresentar suas alegações e provas no tempo e modo adequados para evitar a prática de atos processuais inúteis e imprimir celeridade à marcha processual. Positivamente, um processo que não conte com a cooperação das partes e advogados dificilmente terá condições de ser justo, célere, efetivo e proporcional.

A Regra 48, por sua vez, reforça o dever de o juiz supervisionar, durante todas as fases do processo, o cumprimento do dever de cooperação pelas partes e advogados, considerando a importância da cooperação para a adequada tramitação e gestão do processo.

Os meios de gerenciamento processual são expostos na Regra 49, a qual materializa a previsão geral de “*case management*” contida na Regra 4.

O dispositivo enumera uma série de poderes e deveres atribuídos ao juiz para que este promova a adequada condução do litígio, destacando-se a obrigação de estimular a solução consensual do conflito, a possibilidade de designação de audiências, de convocação das partes, a determinação do tipo e da forma do procedimento, a calendarização das etapas processuais, a determinação de

aglutinação ou separação de processos, a ordenação das questões a serem apreciadas e a deliberação acerca da admissibilidade e sequencialidade da prova.

O leque de poderes e faculdades colocados à disposição do juiz para o gerenciamento do processo é amplo e diversificado. O que mais chama a atenção nesse dispositivo é a técnica legislativa de enumeração – para nós, exemplificativa – das possibilidades de atuação do juiz enquanto “*case manager*”. Entendemos que a regra geral de gerenciamento processual e a maleabilidade do procedimento bastariam para permitir que as posturas acima enumeradas fossem colocadas em prática pelos magistrados, independentemente da tipificação efetivada na Regra 49. Dessa forma, a opção legislativa de indicação das possibilidades de atuação tem o claro propósito de fomentar o exercício da atividade gerencial, conscientizando os juízes

acerca de seus deveres e objetivos na condução do processo e estimulando-os a adotar posturas gerenciais⁸⁹.

A Regra 50 prescreve que as decisões a respeito do gerenciamento do processo podem ser tomadas ou revistas de ofício ou a requerimento das partes. Além disso, em complemento à Regra 3(b), a Regra 50 reforça que o juiz deve, sempre que possível, e ainda que em caráter diferido, ouvir as partes e observar a suas contribuições para o “*case management*”, somente podendo decidir em sentido contrário ao que foi objeto de consenso entre os litigantes se houver justa causa.

Além desse capítulo especificamente destinado ao “*case management*”, o Modelo de Regras Europeias de Direito Processual faz alusão ao gerenciamento processual em outras diversas passagens. Para não extrapolar os limites deste ensaio, nos limitamos a fazer referência às disposições afetas à intervenção de terceiros⁹⁰, colaboração pré-

⁸⁹ Como registrado nos comentários feitos pelos “*Reportes*”: “*Rule 49 sets out the court’s general duty of active case management (Rule 4(1)), which is part of the principle of cooperation (Rules 2-4). Some European jurisdiction’s national procedural codes do not specify or enumerate the possible means by which a court can manage cases; they simply articulate the power in a general rule. At the present time there is, however, a strong legislative tendency towards listing the court’s various possible means of case management because comparative and historical procedural empiricism may demonstrate that reminding judges of their various powers, competences, and duties is beneficial and that it properly stimulates their organisational endeavours by ensuring that they maintain a sufficient degree*

of oversight of individual proceedings and take proper steps to guide the parties in the proper conduct of litigation.” ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure, p. 132 (disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules>, acesso em 06/01/2020).

⁹⁰ Rule 36. *Voluntary Joinder of Parties*
(1) Multiple parties may bring or defend claims in a single proceeding. They may do so if (a) their claims are closely connected, and (b) the court has jurisdiction with respect to all parties.
(2) The court may, where it is necessary for the purpose of properly managing the proceedings, order the claims to continue as separate proceedings.

processual ⁹¹, preparação para a audiência concentrada de instrução e

juízo ⁹², gerenciamento desta audiência ⁹³, atividade probatória ⁹⁴,

(3) *Each of the joined parties acts on their own account. Their actions or omissions in the proceedings shall not prejudice the other joined parties.*

Rule 37. Consolidation of Separate Proceedings

The court may order the consolidation of separate proceedings pending before it to enable them to be managed properly in a single proceeding.

⁹¹ **PART IV – COMMENCEMENT OF PROCEEDINGS;**

SECTION 1 – Pre-commencement procedural duties

Rule 51. Duty to promote consensual resolution and effective management

(1) *Before proceedings are issued, parties shall cooperate with each other in order to avoid unnecessary disputes and costs, to facilitate the early consensual resolution of their dispute and, where such a resolution is not possible, the proportionate management of future proceedings according to Rules 2-11 and 47-50.*

(2) *In order to further the general duty set out in Rule 51(1) parties may: (a) provide each other with concise details of their potential claims or defences; (b) clarify and, wherever possible, narrow the legal and factual issues in dispute; and (c) identify relevant evidence so as to facilitate effective and early assessment of the merits of their positions.*

(3) *Parties may also: (a) consider a possible timetable for proceedings; (b) estimate the potential cost of proceedings; (c) consider issues of limitation, jurisdiction, provisional measures, and of any other procedural matter.*

⁹² **PART V – PROCEEDINGS PREPARATORY TO A FINAL HEARING**

Rule 61. Case management hearings to prepare for the final hearing and determination

(1) *To prepare for a final hearing, the court may hold an early case management hearing and if necessary further ones as the case progresses.*

(2) *Case management hearings may be held in person. If appropriate the court may proceed in written form or use any available electronic means of communication.*

(3) *In or immediately after a case management hearing, the court should, upon consultation with the parties: set a timetable or procedural calendar*

with deadlines for parties to complete their procedural obligations; set the timetable for a final hearing; and, the possible date by which judgment will be given.

(4) *Whenever appropriate, the court may provide parties with advice relevant to their preparation for the final hearing and judgment. Such advice should, in so far as possible, be given in the early case management hearing. Case management orders should be made in or immediately after the early case management hearing.*

Rule 62. Means of Case Management during the pre-final hearing phase

(1) *The court may use all the means of case management set out in Rule 49(1), (3)-(6).*

(2) *Appropriate measures for the disclosure of evidence and the taking of evidence before a final hearing are, particularly, (a) the production and mutual exchange of documents; (b) requests for written witness statements and their exchange; (c) the appointment of a court expert and expert conferences between a court-appointed expert and experts appointed by the parties, or between court-appointed experts; (d) requests for information from third parties, including public authorities; (e) personal inspection of evidence by the court.*

⁹³ **Rule 64. The Final Hearing**

(1) *In so far as practicable, the final hearing should be concentrated. A concentrated final hearing may be adapted to the use of electronic communication techniques. (...)*

(5) *The court must properly manage the final hearing according to Rules 48-49. In particular, it must (a) determine the order in which issues shall be tried; (b) require a party's appearance in person or require a party's representative, who should be fully-informed of all matters relevant to the proceedings, to be present at the hearing; (c) order the taking of evidence. (...)*

⁹⁴ **PART VII – ACCESS TO INFORMATION AND EVIDENCE**

B. Management of Evidence

julgamentos parciais⁹⁵, processo coletivo⁹⁶ e distribuição de custos da demanda⁹⁷.

Nesse panorama, observa-se que o recém aprovado Modelo de Regras Europeias do Processo Civil prestigia e disciplina, em abundância, o “*case management*”. A atividade gerencial é trabalhada do início ao fim no corpo das regras-modelo, refletindo o ideal de que o gerenciamento

efetivamente ocorra em todas as etapas do processo.

Como pontos de destaque, podemos afirmar que o texto almeja a implementação de um modelo de processo colaborativo, exigindo das partes, dos advogados e do juiz comportamentos cooperativos em torno de uma finalidade comum, qual seja, assegurar uma prestação jurisdicional justa, efetiva, rápida e

Rule 92. Management and Presentation of Evidence

(1) Whenever necessary and appropriate, the court must order the taking of relevant evidence offered by a party. Where the court makes such an order it may make case management orders concerning the sequence and timing of the production of evidence. The court may also make orders, where appropriate, concerning the form in which evidence will be produced. Rules 49(9) and (11), 50, 62, 64(3)-(6) and 107 apply.

(2) The court, while affording the parties an opportunity to respond, may suggest evidence not previously proposed by a party, which it considers may be relevant to an issue in dispute. If a party accepts such a suggestion, the court will order the taking of that evidence so that it may be offered in support of that party's contentions of fact and law.

(3) Exceptionally, the court may, while affording the parties an opportunity to respond, order the taking of evidence not previously proposed by a party.

(4) The court shall provide each party with a fair opportunity and adequate time to respond to evidence presented by another party or taken by the court.

⁹⁵ Rule 130: Types of judgment (...).

(2) Where the court gives a judgment that does not decide the whole of a claim for relief, the proceedings continue in respect of such parts for which judgment has not been given. If the court's judgment on a part of the claim for relief, on a procedural issue, or on legal issues on the merits is subject to appeal the court may exercise its discretion whether to continue or

stay the proceedings according to the circumstances of the case.

⁹⁶ PART XI – COLLECTIVE PROCEEDINGS

Case Management of Collective Proceedings

Rule 218. Case Management Powers

(1) In collective proceedings, the court has additional case management powers, including the power (a) to remove a qualified claimant of a group or any sub-group if they no longer satisfy the conditions in Rule 208 and Rule 209 or fails to act in the interests of all group members, (b) to authorise, with their consent, a new qualified claimant, (c) to modify the description of the group, (d) to divide a group into sub-groups and to authorise, with their consent, a qualified claimant for each sub-group, (e) to dismiss the collective proceeding or to order it to continue as individual proceedings if there is no longer a qualified claimant; (f) to direct the correction of the group register (Rules 216(2) and 220).

(2) The court may hear any person it considers has an interest in the management of the case before making any case management order under this Rule.

⁹⁷ Rule 241. General Rule

(1) When determining upon which party the obligation to reimburse costs shall be placed under Rule 239, the court shall take into account the circumstances of the specific proceedings, in particular whether and to what extent the parties' claims were successful.

(2) The court may also take into account the parties' conduct, in particular, whether and to what extent they acted in good faith and contributed to the fair, efficient and speedy resolution of the dispute.

proporcional, que atenda às necessidades do caso concreto sem descuidar dos imperativos inerentes ao bom funcionamento do sistema de justiça como um todo. Partes e advogados, embora tenham o dever de colaborar entre si e com a Justiça, têm o direito de participar e contribuir com a gestão do processo. O juiz, em última instância, deve supervisionar e exigir o comportamento cooperativo dos demais atores processuais, bem como ativamente conduzir e encaminhar o processo rumo ao implemento das suas finalidades.

Em síntese, o Modelo de Regras Europeias evidencia que o “*case management*” é indispensável tanto para que a prestação jurisdicional seja eficiente e alcance suas finalidades no caso concreto, quanto para que a Justiça seja adequadamente administrada e tenha condições de atender ao interesse público.

CONCLUSÃO

O presente artigo, ao analisar disposições contidas nos Princípios do Processo Civil Transnacional (ALI/UNIDROIT) e no Modelo de Regras Europeias de Processo Civil (ELI/UNIDROIT), foi capaz de confirmar a existência de uma tendência global de se prestigiar a atividade de gerenciamento do processo como forma de impulsionar a eficiência da prestação jurisdicional.

Celeridade, efetividade, economicidade, adaptabilidade e cooperação são ideais comumente buscados pelos mais diversos modelos processuais, sejam eles de “*common*

law” ou de “*civil law*”, tenham eles características predominantemente adversariais ou inquisitoriais. Percebeu-se que dificilmente o processo poderia alcançar esses ideais sem uma direção efetiva por parte do juiz. Justamente por isso, emergiu o entendimento de que os magistrados devem se conscientizar sobre a importância da atividade gerencial e exercer os poderes que lhes são conferidos para intervir e administrar o litígio, encaminhando-o, de modo eficiente, para a solução mais justa e adequada. Com o recebimento dessas novas incumbências, o juiz deixou de ter apenas uma função adjudicatória e passou a assumir um papel mais amplo, de “*manager*” do conflito.

Os documentos de “*soft law*” examinados neste ensaio evidenciam, de forma vigorosa, a existência de um dever geral de gerenciamento do processo por parte do juiz, bem como disciplinam, em maior ou menor grau de especificidade, diversas posturas que podem ser adotadas pelo magistrado no âmbito dessa atividade gerencial, que vão desde o planejamento e organização do processo, passam pela administração da instrução probatória, e se estendem até o monitoramento do cumprimento das decisões judiciais. Em todas essas etapas, isto é, do início ao fim da relação processual, o juiz deve estar atento para a necessidade de conduzir ativamente o processo na direção dos seus objetivos, exercendo controle e supervisão contínuos sobre o comportamento das partes, adaptando o processo às especificidades do litígio e fomentando

a busca pelo consenso sempre que este aparentar ser o caminho mais vantajoso para a resolução do impasse.

Considerando que os Princípios do Processo Civil Transnacional e o Modelo de Regras Europeias de Processo Civil visam, dentre outras funções, difundir práticas processuais exitosas, como é o caso do “*case management*”, para inspirar a modernização e o aperfeiçoamento de outros sistemas jurídicos, esperamos que a análise dos dispositivos constantes de tais instrumentos feita neste artigo contribua para despertar nos operadores do Direito a consciência da importância do gerenciamento processual e auxilie no desenvolvimento da matéria no sistema processual brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Rui. Oração aos moços, edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2ª edição, São Paulo: Saraiva 2010.
- CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, cord. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire, vol. 8 – Normas Fundamentais, JusPodivm 2016.

- _____. *New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management*. Peking University Law Journal, 6:1.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Case management no Brasil. Revista ANEP de Direito Processual Vol 1, No. 2, Art 24, 2020.
- CAHALI, Claudia Elisabete Schwerz. O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional. 1ª edição. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. A ética e os personagens do processo. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, Edição Comemorativa, 2015.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. Revista de Processo, vol. 121/2005, p. 275 - 301, Mar/2005, DTR\2011\5490.
- GABRIEL, Henry D., *The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been?*, 40 *Michigan Journal of International Law* 413 (2019).
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12.

- Volume 19. Número 3. Setembro a Dezembro de 2018.
- GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014.
- GIDI, Antonio. Apresentação ao Projeto às Normas Transnacionais de Processo Civil. *Revista de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Catolica del Perú*, n. 52 (1998/1999).
- GOTTWALD, Peter. *Comparative civil procedure*. *Ritsumeikan Law Review*, n. 22, mar./2005.
- GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. SOUZA, Marcia Cristina Xavier; RODRIGUES, Walter dos Santos (Coord.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- GONÇALVES, Glaucio Ferreira Maciel. BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação in Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 66, jan./jun. 2015.
- HAZARD, Geoffrey C. Jr. e TARUFFO, Michele. "Transnational Rules of Civil Procedure Rules and Commentary," *Cornell International Law Journal*: Vol. 30: Iss. 2, Article 6 (1997).
- MILLER, Arthur R., "The Adversary System: Dinosaur or Phoenix" (1984). *Minnesota Law Review* 867.
- _____, *What Are Courts For? Have We Forsaken the Procedural GoldStandard?*, 78 *Lousiana Law Review* (2018).
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Direito Processual Comparado no Mundo Contemporâneo. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 2. Maio a Agosto de 2020.
- MOSCHEN, Valesca Raizer Borges e BARBOSA, Luiza Nogueira. O Processo Civil Internacional no CPC/2015 e os Princípios Ali/Unidroit do Processo Civil Transnacional: uma análise de consonância da harmonização processual. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 2. Maio a Agosto de 2018.
- ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. Gerenciamento do processo e acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey 2017.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. Revista dos Tribunais. São Paulo, v.94, n.836, jun. 2005.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Jurisdição e Pacificação. Paraná: CRV, 2017.
- RESNIK, Judith. *Managerial Judges*, 96 *Harvard Law Review* 376 (1982-1983).
- _____. *Trial as error, jurisdiction as injury: transforming the meaning of Article III*. 113 *Harvard Law Review* 925 (1999-2000).
- RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. A modificação do pedido

e da causa de pedir no processo civil. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de Processos Judiciais, São Paulo, Saraiva 2010.

VAN RHEE, C.H. *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, ed. Intersentia, Antuérpia 2008.

_____. *Towards Harmonised European Rules of*

Civil Procedure: Obligations of the Judge, the Parties and their Lawyers' (2020). 1(6) *Access to Justice in Eastern Europe* 6-33.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a tragédia da justiça*, 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA ADVOCACIA: O PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO E A PROTEÇÃO DA MULHER ADVOGADA⁹⁸

COMBATING GENDER VIOLENCE IN ADVOCACY: THE USE OF PROTOCOL FOR GENDER-SENSITIVE ADJUDICATION AND THE PROTECTION OF FEMALE LAWYERS

Eduardo Augusto Salomão Cambi

Pós-Doutor pela Università degli Studi Di Pavia. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Faculdade Assis Guargaz (FAG). Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR). Foi Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (2004-2022). Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Apucarana/PR, Brasil. Vinculado à Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), à Faculdade Assis Guargaz (FAG) e ao Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR). E-mail: eduardocambi@uenp.edu.br

Heloísa Gomes Negrão

Mestranda no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), com Área de Concentração em Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão - Linha de Pesquisa: Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Londrina/PR, Brasil. Vinculada à Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: heloisagomesn@outlook.com

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a aplicabilidade do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, criado pelo CNJ, na proteção das advogadas que, com frequência, são vítimas da violência de gênero no exercício de sua profissão, identificando as limitações existentes no documento e possíveis alterações para melhor atender a situação das causídicas, buscando compreender se há a necessidade da criação de instrumentos específicos

pela OAB para tratar a questão. Para tanto, se realizou uma pesquisa qualitativa, a partir do método indutivo, utilizando fontes documentais e bibliográficas, com abordagem histórico-crítica do contexto social da violência de gênero que deu azo à criação do Protocolo pelo CNJ e seus reflexos na advocacia. Concluiu-se pela insuficiência do Protocolo do CNJ em relação a algumas especificidades relativas à violência de gênero sofrida pelas advogadas, que não pode ser

⁹⁸ Artigo recebido em 04/02/2025 e aprovado em 16/06/2025.

satisfatoriamente corrigida por alterações pontuais no documento existente, confirmando a necessidade da criação de instrumentos específicos pela OAB.

PALAVRAS-CHAVE: Violência de gênero. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Conselho Nacional de Justiça. Advocacia. Ordem dos Advogados do Brasil.

ABSTRACT: This article aims to analyze the applicability of the Protocol for Gender-Sensitive Adjudication, created by the National Council of Justice (CNJ), in the protection of female lawyers that are frequently victims of gender-based violence in the exercise of their profession, identifying the limitations existing in the document and possible changes to better meet the situation of female lawyers, seeking to understand whether there is a need for the creation of specific instruments by the Brazilian Bar Association (OAB) to address the issue. To this end, a qualitative research was carried out, based on the inductive method, using documentary and bibliographic sources, with a historical-critical approach to the social context of gender-based violence that gave rise to the creation of the Protocol by the CNJ and its impact on the legal profession. It was concluded that the CNJ Protocol is insufficient in relation to some

specificities related to gender-based violence suffered by female lawyers, which cannot be satisfactorily corrected by specific changes to the existing document, confirming the need for the creation of specific instruments by the OAB.

KEYWORDS: Gender-based violence. Protocol for Gender-Sensitive Adjudication. National Justice Council. Advocacy. Brazilian Bar Association.

INTRODUÇÃO

No ano de 2021, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu um grupo de trabalho formado por 21 membros, em sua maioria juízas e juízes, com o objetivo de criar um documento que servisse como parâmetro de julgamento para o Poder Judiciário, denominado Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

Por meio do referido Protocolo, o Poder Judiciário reconhece como as desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas a que estão submetidas as mulheres ao longo da história influenciam a produção e aplicação do direito, buscando implementar “lentes de gênero na interpretação do direito”⁹⁹.

O documento foi pioneiro nesse sentido, passando a inspirar a criação de outros semelhantes, seja pelo

⁹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021*: grupo de trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 2 de fevereiro de 2021. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - CNJ; Escola Nacional de Formação e

Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, 2021b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 15 set. 2024, p. 8.

próprio Conselho - como é o caso do Protocolo de Julgamento com Perspectiva Racial - ou por outras instituições, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que passou a instituir grupos de trabalho e elaborar protocolos específicos para o combate da violência de gênero na advocacia.

Assim, o presente artigo tem por objetivo analisar em que medida o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ se aplica às advogadas e quais pontos podem ser alterados ou acrescidos no aludido documento para melhor proteger as advogadas, além de verificar os instrumentos criados pela OAB (em âmbito nacional e pelas Subseções), específicos para o combate de violência de gênero na advocacia, apurando em que medida estes são (ou não) necessários.

Para tanto, a presente pesquisa abordará, a princípio, as faces da violência de gênero na advocacia, para, depois, analisar a aplicabilidade do citado Protocolo às advogadas, as possibilidades de mudanças no documento e quais são suas limitações. Por fim, discorrerá sobre os principais protocolos de gênero criados e em desenvolvimento pela OAB, suas principais características e porque são importantes para a proteção das advogadas.

No desenvolvimento do trabalho, foi utilizado o método indutivo, partindo da análise do

Protocolo do CNJ para então, ao compará-lo com os casos de violência de gênero sofridas pelas advogadas, estabelecer quais pontos do documento são extensíveis às advogadas, se há alterações necessárias no Protocolo existente e se era/é necessária a criação de documentos específicos.

A fim de chegar à conclusão, foi realizada pesquisa qualitativa, documental e bibliográfica, tendo por base especialmente documentos legais e notícias veiculadas em meios digitais, a partir de uma abordagem histórico-crítica do contexto social de violência de gênero que motivou a criação do Protocolo pelo CNJ e seus reflexos na advocacia.

2 A PROBLEMÁTICA DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA ADVOCACIA

Embora a luta das mulheres por direitos tenha resultado em importantes conquistas femininas nas últimas décadas, em muito impulsionadas pela Constituição Federal de 1988, é inegável que a sociedade brasileira sempre foi e continua sendo androcêntrica, ou seja, centrada na valorização do masculino como norma e padrão de referência¹⁰⁰.

Simone de Beauvoir, em sua clássica obra *O Segundo Sexo*¹⁰¹, denuncia como, em realidade, o mundo sempre pertenceu aos homens

¹⁰⁰ CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Direito das famílias com perspectiva de gênero: aplicação do protocolo de julgamento do Conselho Nacional de Justiça* (Recomendação

128/2022 e Resolução 492/2023). São Paulo: Foco, 2024, p. 12.

¹⁰¹ BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: fatos e mitos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, v. 1, p. 14-15.

- “por mais longe que se remonte na história, [as mulheres] sempre estiveram subordinadas ao homem” - definindo que, no decorrer da história, o homem estabilizou-se como *Sujeito*, colocando as mulheres, conseqüentemente, como *Outro*, ou melhor, como o *Segundo Sexo*. Assim, o Direito, como reflexo da sociedade, também está influenciado pela visão androcêntrica, sendo utilizado, de forma frequente, como instrumento de perpetuação da violência contra as mulheres.

Ainda, Simone de Beauvoir identifica que, para alicerçarem os seus privilégios no absoluto e na eternidade, os homens “de sua supremacia procuraram fazer o direito”, denunciando como legisladores, sacerdotes, filósofos, escritores e sábios empenharam-se em demonstrar que a condição de subordinação da mulher era desejada no céu e proveitosa à Terra¹⁰².

Nesse cenário, a falta de representação feminina também contribui para a sujeição da mulher, com destaque (dado o objeto da presente pesquisa) para a realidade do

Poder Judiciário brasileiro, que conta com poucas mulheres ocupando as funções de ministras e desembargadoras, bem como da própria OAB, onde a presidência e outros cargos de poder ainda são majoritariamente preenchidos por homens.

Apenas a título de exemplo, na composição atual do Supremo Tribunal Federal (STF) há apenas uma ministra mulher (Cármem Lúcia)¹⁰³, sendo que em mais de 130 anos de história o Tribunal teve mais ministros chamados Luiz/Luís¹⁰⁴ do que ministras¹⁰⁵. Semelhantemente, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), dos 31 ministros¹⁰⁶, apenas 5 são mulheres¹⁰⁷. Essa realidade não é diferente nos Tribunais Estaduais. No Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, há 130 desembargadores, mas apenas 18 mulheres¹⁰⁸.

Na OAB, a predominância masculina em cargos de poder se repete. Em que pese haja mais advogadas do que advogados inscritos na Ordem, conforme levantado no 1º Estudo Demográfico da Advocacia Brasileira (Perfil ADV), divulgado em

¹⁰² *Ibid.*, p. 18-19.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Conheça os ministros do Supremo Tribunal Federal*: República. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/ostf/ministros/ministro.asp?periodo=STF&consulta=ANTIGUIDADE>. Acesso em: 08 set. 2024.

¹⁰⁴ No total, foram 8 ministros chamados Luiz/Luís: Luiz Correa de Queiroz Barros, Luiz Antonio Pereira Franco, Luiz Gallotti, Luiz Rafael Mayer, Luiz Octavio Gallotti, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Luiz Edson Fachin; e apenas 3 ministras: Ellen Gracie, Rosa Weber e Cármem Lúcia.

¹⁰⁵ Houve apenas 3 ministras no STF: Ellen Gracie, Rosa Weber e Cármem Lúcia.

¹⁰⁶ Há dois cargos vagos no momento em que se escreve este artigo.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Composição*: 4/9/2024. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portallp/SiteAssets/Paginas/Institucional/Composicao/Composicao-do-STJ.pdf>. Acesso em: 08 set. 2024.

¹⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Composição Órgãos Julgadores*. 2025. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/composicao-dos-orgao-julgadores>. Acesso em: 08 set. 2024.

abril de 2024¹⁰⁹, apenas duas advogadas compõem a diretoria nacional da OAB: Sayury Otoni, no cargo de secretária-geral, e Milena Gama, como secretária-geral adjunta¹¹⁰. Da mesma forma, das 27 seccionais, apenas 5 são presididas por mulheres¹¹¹.

Como consequência do viés androcêntrico do Poder Judiciário, agravado pela falta de representatividade feminina, as advogadas Soraia Mendes e Isadora Dourado apontam o uso do Direito como forma de violência e opressão contra as mulheres: “a abusiva exploração do sistema de justiça, por homens, como a continuidade de outras práticas de violência contra as mulheres”¹¹².

As autoras, responsáveis por cunhar o termo *lawfare* de gênero, o qual diz respeito, justamente, ao uso do Direito como *arma de guerra* contra as mulheres, denunciam a cegueira deliberada do sistema de justiça, incluindo advogados e órgãos éticos de controle, em relação a esta violência encoberta pela pretensa

neutralidade, imparcialidade, abstração¹¹³.

Pode-se atribuir, portanto, a “cegueira” mencionada pelas autoras ao fato de o Direito ser criado, interpretado e aplicado majoritariamente por homens, sendo pensado em benefício destes - mais especificamente, de homens brancos, heterossexuais e de classes sociais abastadas -, que ocupam a maior parte dos espaços de poder e decisão. Assim, toma-se como *sujeito universal*, para o Direito, o homem branco, heterossexual e proprietário.

Nesse cenário, o processo judicial se torna ambiente propício para a violência de gênero, que pode ser perpetrada pelas partes, por advogados, membros do Ministério Público ou do Poder Judiciário, podendo ser direcionada às mulheres que figuram como partes, testemunhas, julgadoras ou, até mesmo, advogadas - sendo a violência contra estas últimas o enfoque da presente pesquisa.

De acordo com o estudo desenvolvido pelo grupo de pesquisa CARMIM Feminismo Jurídico¹¹⁴, 80,6%

¹⁰⁹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal; FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Perfil ADV*: 1º estudo demográfico da advocacia brasileira. Coordenação: José Alberto Simonetti, Rafael de Assis Horn, Luis Felipe Salomão. Brasília; Rio de Janeiro: OAB Editora, 2024, p. 24.

¹¹⁰ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. *Institucional/Diretoria*. 2024. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhoederal/diretoria>. Acesso em: 09 set. 2024.

¹¹¹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. *Seccional*. 2024. Disponível

em: <https://www.oab.org.br/seccional/ac>. Acesso em: 10 set. 2024.

¹¹² MENDES, Soraia; DOURADO, Isadora. *Lawfare de gênero: o uso do direito como arma de guerra contra mulheres*, 2022. Disponível em: https://assets-institucional-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2022/02/SoraiMendesIsadoraDourado_LAWFAREDEGE NEROjaneiro2022.pdf. Acesso em: 15 set. 2024, p. 3-4.

¹¹³ *Ibid.*, p. 4.

¹¹⁴ MENDES, Soraia; COSTA, Elaine Cristina Pimentel; DOURADO, Isadora. *Lawfare de gênero: a necessária e urgente construção de*

das advogadas já se sentiram ameaçadas no exercício da profissão em razão do seu gênero ou porque defendiam outras mulheres. Outro dado preocupante levantado na pesquisa refere-se à *certeza de impunidade* dos agressores: 58,9% das entrevistadas apontaram que têm certeza da impunidade do agressor e 87,9% acreditam que a OAB não prioriza a proteção das advogadas contra a violência de gênero.

Aliás, basta uma breve pesquisa nos portais de notícia da *internet* para que se constate, em todas as regiões brasileiras, dezenas de relatos recentes de advogadas que foram vítimas de violência de gênero durante o exercício da advocacia. Em outubro

de 2023, por exemplo, uma advogada de Santa Catarina foi agredida pela ex-mulher de um cliente¹¹⁵; no mês seguinte, fora noticiado que uma advogada de Goiânia foi estuprada e ameaçada por um cliente¹¹⁶; em abril de 2024, outra advogada, de Alagoas, denunciou o ex-marido de uma cliente por ameaça, agressão e tentativa de suborno¹¹⁷.

Em novembro de 2023, outra advogada do Distrito Federal foi agredida por policiais militares com o uso de *spray* de pimenta¹¹⁸; em janeiro de 2024, uma advogada, de São Paulo, foi vítima de violência física e verbal por 6 policiais militares, resultando em luxações nos dois braços e em hematomas no tórax¹¹⁹; no Ceará, uma

um protocolo para a atuação ética e profissional de integrantes da advocacia sob a perspectiva de gênero a partir da pesquisa nacional para identificação de casos de violência de gênero contra advogadas em razão do exercício da profissão. 2023. Pesquisa (Grupo de Pesquisa CARMIM Feminismo Jurídico) - Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Alagoas, Brasília-Maceió-São Paulo, 2023. Disponível em: [https://d1fdloi71mui9q.cloudfront.net/o26xRILDRxeKK4veyZCW_LAWFARE%20DE%20GENERO%20E%20PRERROGATIVAS%20ADVOGADA_S_Profas_Dras-](https://d1fdloi71mui9q.cloudfront.net/o26xRILDRxeKK4veyZCW_LAWFARE%20DE%20GENERO%20E%20PRERROGATIVAS%20ADVOGADA_S_Profas_Dras-SoraiaMendes_ElainePimentel_20mar2023%20-%20Gr%C3%A1ficosBarra.pdf)

[SoraiaMendes_ElainePimentel_20mar2023%20-%20Gr%C3%A1ficosBarra.pdf](https://d1fdloi71mui9q.cloudfront.net/o26xRILDRxeKK4veyZCW_LAWFARE%20DE%20GENERO%20E%20PRERROGATIVAS%20ADVOGADA_S_Profas_Dras-SoraiaMendes_ElainePimentel_20mar2023%20-%20Gr%C3%A1ficosBarra.pdf). Acesso em: 15 set. 2024, p. 42/47-48.

¹¹⁵ SILVA, Ânderson. Advogada é agredida por ex-mulher de cliente em Florianópolis e OAB-SC reage. *NSC Total*, 19 out. 2023. Disponível em:

<https://www.nscototal.com.br/colunistas/anderson-silva/advogada-e-agredida-por-ex-mulher-de-cliente-em-florianopolis-e-oab-sc-reage>. Acesso em: 14 set 2024.

¹¹⁶ BEZERRA, Rafael. Advogada denuncia ter sido estuprada e ameaçada por cliente, em Caldas Novas. *Jornal Opção*, 28 nov. 2023.

Disponível em: <https://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/advogada-denuncia-ter-sido-estuprada-e-ameacada-por-cliente-em-caldas-novas-550079/>. Acesso em: 14 set. 2024.

¹¹⁷ ADOGADA denuncia que foi ameaçada e agredida por ex-marido de cliente dentro do Fórum. *TNH1*, 11 abr. 2024. Disponível em: <https://www.tnh1.com.br/noticia/nid/advogada-denuncia-que-foi-ameacada-e-agredida-por-ex-marido-de-cliente-dentro-do-forum/>. Acesso em: 27 jun. 2024.

¹¹⁸ ABREU, Jade; TEIXEIRA, Isadora. OAB aprova desagravo público à advogada agredida com spray de pimenta. *Metrópoles*, 24 nov. 2023. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/grande-angular/oab-advogada-spray-de-pimenta-policia>. Acesso em: 14 set. 2024.

¹¹⁹ OAB SP e OAB Barretos organizam ato em apoio à advogada agredida por policiais. *OAB São Paulo*, 24 jan. 2024. Disponível em: <https://jornaladvocacia.oabsp.org.br/noticias/prerrogativas/oab-sp-e-oab-barretos-organizam-ato-em-em-apoio-a-advogada-agredida-por-policiais/>. Acesso em: 14 set. 2024.

advogada foi assediada por um policial penal, que ofereceu dinheiro para sair com ela, sendo que, após a denúncia, outras 6 advogadas relataram casos similares envolvendo o mesmo policial¹²⁰.

Há diversos registros, ainda, de advogadas xingadas e humilhadas. No Amazonas, em setembro de 2023, um promotor de justiça disse, durante o júri, que comparar a advogada “a uma cadela é, de fato, ofensivo, mas não à vossa excelência e sim à cadela”¹²¹; no Tocantins, em novembro de 2023, uma advogada foi chamada de “vagabunda” pelo advogado da parte contrária¹²²; em Minas Gerais, uma sessão de júri precisou ser suspensa após o promotor de justiça chamar uma advogada de “galinha garnisé” e sugerir que ela fizesse um *strip-tease*¹²³.

A aparência e as vestimentas das advogadas também são alvos de comentários desrespeitosos e vexatórios. Em abril de 2023, um servidor do fórum de São Paulo comparou o cabelo de uma advogada com vassoura piaçava¹²⁴; em outubro de 2023, outra advogada foi repreendida ao entrar no fórum da Bahia com vestido acima dos joelhos por ter um “corpo que chama atenção”¹²⁵.

A maternidade também é “motivo” de violência para as advogadas. Em outubro de 2023, um desembargador negou adiar audiência no dia do parto de advogada, afirmando que “gravidez não é

¹²⁰ 'ME OFERECEU R\$ 2 mil para sair com ele', diz advogada assediada por policial penal no Ceará. *g1 CE*, 03 nov. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2022/11/03/me-ofereceu-r-2-mil-para-sair-com-ele-diz-advogada-assediada-por-policial-penal-no-ceara.ghtml>. Acesso em: 14 set. 2024.

¹²¹ ADOGADA acusa promotor de compará-la a cadela durante sessão do Júri. *Migalhas*, 14 set. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/393510/advogada-acusa-promotor-de-compara-la-a-cadela-durante-sessao-do-juri>. Acesso em: 14 set. 2024.

¹²² ADOGADO xinga autora, advogada e servidora em petição: “vagabunda”. *Migalhas*, 13 nov. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/396842/advogado-xinga-autora-advogada-e-servidora-em-peticao-vagabunda>. Acesso em: 14 set. 2024.

¹²³ FERREIRA, Ana Carolina. Julgamento é adiado após promotor chamar advogada de 'galinha garnisé'; vídeo mostra discussão. *g1 Minas*, 02 abr. 2024. Disponível em:

<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2024/04/02/julgamento-e-adiado-apos-promotor-chamar-advogada-de-galinha-garnise-video-mostra-discussao.ghtml>. Acesso em: 15 set. 2024.

¹²⁴ JUSTIÇA marca audiência de servidor público de Sorocaba que comparou cabelo de advogada com vassoura piaçava. *g1 Sorocaba e Jundiaí*, 28 maio 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2024/05/28/justica-marca-audiencia-de-servidor-publico-de-sorocaba-que-comparou-cabelo-de-advogada-com-vassoura-piacava.ghtml>. Acesso em: 14 set. 2024.

¹²⁵ RIBEIRO, Milena. Fórum de Ilhéus repreende advogadas por causa de roupa: “corpo que chama atenção”. *BNews*, 20 out. 2023. Disponível em: <https://www.bnews.com.br/noticias/crime-e-justica-bahia/forum-de-ilheus-repreende-advogadas-por-causa-de-roupa-corpo-que-chama-atencao.html>. Acesso em: 14 set. 2024.

doença"¹²⁶; em junho de 2024, outra advogada gestante teve negada prioridade em sustentação oral: a profissional, grávida de 8 meses, aguardou cerca de 7 horas até sua vez de sustentar¹²⁷. Outro desembargador, no Amazonas, repreendeu advogada que estava amamentando a filha em uma sessão *online*: “Se a senhora tiver uma criança, coloque no lugar adequado. São barulhos que tiram a nossa concentração. A senhora precisa ver a ética da advogada”¹²⁸.

Com efeito, nota-se que a violência de gênero está bem presente na advocacia, afetando diretamente o trabalho das advogadas e prejudicando a prestação de serviços aos clientes, além de desmotivar as profissionais, desvalorizar seu trabalho e causar-lhes medo, tristeza, revolta e sentimento de humilhação.

As consequências diretas dessa situação podem ser notadas no 1º Estudo Demográfico da Advocacia Brasileira (Perfil ADV), já mencionado, por meio do qual apurou-se que a média de satisfação com a advocacia é maior entre os homens do que entre as

mulheres¹²⁹. O estudo apontou que as advogadas buscam, em maior número, terapias ou atendimentos psicológicos¹³⁰; e que as mulheres ganham menos do que os homens na advocacia - 17% das advogadas possuem rendimentos de até 2 salários-mínimos por mês (contra 11% dos advogados homens) e apenas 6% das advogadas recebem acima dos 20 salários-mínimos mensais (contra 11% dos homens)¹³¹.

Portanto, pode-se concluir, a partir do presente capítulo, que o Direito, por ser um ambiente majoritariamente masculino, frequentemente é utilizado para conferir e manter os privilégios dos homens e “sempre foi (e continua sendo) um instrumento de guerra contra as mulheres”¹³², bem como que a violência de gênero presente no Poder Judiciário afeta não somente as partes no processo judicial, mas também as advogadas.

3 O PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO E A ADVOCACIA

¹²⁶ “GRAVIDEZ não é doença”: TRT-8 nega adiar audiência no dia do parto de advogada. *Migalhas*, 10 out. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/395112/trt-8-nega-adiar-audiencia-no-dia-do-parto-de-advogada>. Acesso em: 14 set. 2024.

¹²⁷ ADVOGADA gestante tem negada prioridade em sustentação no TRT-4. *Migalhas*, 28 jun. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/410262/advogada-gestante-tem-negada-prioridade-em-sustentacao-no-trt-4>. Acesso em 14 set. 2024.

¹²⁸ DESEMBARGADOR do AM repreende advogada por estar com bebê em sessão online, e vídeo repercute nas redes sociais. *g1*

AM, 23 ago. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2022/08/23/>

desembargador-do-am-repreende-advogada-por-estar-com-bebe-em-sessao-online-e-video-repercute-nas-redes-sociais.ghtml. Acesso em: 14 set 2024.

¹²⁹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal; FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, ref. 11, p. 49.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 48.

¹³¹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal; FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, ref. 11, p. 38.

¹³² MENDES; DOURADO, ref. 14, p. 1.

Atento à violência de gênero presente no Poder Judiciário, na forma exposta no capítulo anterior, bem como à influência das questões de gênero nos processos judiciais, o CNJ instituiu, por meio da Portaria nº. 27/2021¹³³, um grupo de trabalho que, durante 6 meses, se reuniu com o objetivo de criar um documento que servisse como parâmetro nos julgamentos.

Assim surgiu o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, publicado após a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no caso *Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*. A Corte IDH determinou a adoção de algumas ações pelo Brasil, como a implementação de programas de capacitação e sensibilização para o pessoal da administração da justiça e a

adoção de um protocolo estandardizado de investigação de mortes violentas de mulheres em razão de gênero, também dirigido ao pessoal da administração da justiça¹³⁴.

Nesse contexto, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero surge para nortear os julgamentos dos diferentes ramos do Direito (Penal, Civil, Administrativo, Trabalho, Eleitoral, Militar etc.), a fim de que estes levem em conta as desigualdades estruturais, relações de poder, estereótipos e as violências de gênero na condução dos processos e na realização dos julgamentos.

A princípio, o Protocolo foi introduzido pelo CNJ a partir da Recomendação nº. 128/2022¹³⁵, mas, em 2023, tornou-se documento de observância obrigatória por todo o Poder Judiciário, conforme prevê a Resolução nº. 492/2023¹³⁶, a qual

¹³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portaria nº 27 de 02/02/2021*. Institui Grupo de Trabalho para colaborar com a implementação das Políticas Nacionais estabelecidas pelas Resoluções CNJ nº 254/2020 e nº 255/2020, relativas, respectivamente, ao Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário. 2021a. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3714>.

Acesso em: 12 set. 2024.

¹³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil*, 7 set. 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 10 set. 2024, p. 55-56.

¹³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 128 de 15/02/2022*. Recomenda a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. 2022.

Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377>.

Acesso em: 15 set. 2024.

¹³⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 492, de 17 de março de 2023*. Estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021, institui obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf>. Acesso em: 15 set. 2024.

instituiu, ainda, a obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional e criou um comitê de acompanhamento.

O Protocolo subdivide-se em três partes: a primeira parte busca explorar conceitos básicos - sexo, gênero, identidade de gênero e sexualidade - e algumas questões centrais como as desigualdades de gênero, a divisão sexual do trabalho, os estereótipos de gênero e a violência de gênero, sempre relacionando as questões de gênero com o Direito; a segunda parte é um passo-a-passo para os magistrados de como aplicar o Protocolo no caso em concreto; e a terceira parte dispõe acerca da aplicação do Protocolo nos ramos do Direito (Penal, Civil, Administrativo, Trabalho, Eleitoral, Militar etc.).

É inegável, portanto, que o Protocolo do CNJ trouxe importantes contribuições às mulheres que figuram como partes ou testemunhas no processo judicial, buscando garantir-lhes o respeito e a adequada proteção contra a violência que possam vir a sofrer durante o trâmite processual, resultando em valiosas decisões e inestimáveis precedentes, que podem ser consultados por meio do Banco de Sentenças de Decisões, disponibilizado no sítio eletrônico do CNJ¹³⁷.

Contudo, o objeto da presente pesquisa reside na análise da aplicabilidade e da efetividade do Protocolo como instrumento de combate à violência de gênero perpetrada contra a mulher advogada, a qual, como demonstrado no capítulo anterior, está muito presente no cotidiano da advocacia. Desse modo, convém ressaltar que a maior parte do grupo responsável pela criação do Protocolo era de juízas e juizes: dos 21 integrantes, havia apenas 2 advogadas¹³⁸.

Tal fato inegavelmente ocasionou alguns pontos de omissão em relação a questões relevantes à advocacia como, por exemplo, a prevenção da violência de gênero contra advogadas nos atos judiciais (em especial nos tribunais do júri, quando os ânimos estão à flor da pele), as prerrogativas da advogada gestante e lactante, a proteção da maternidade da advogada (inclusive da adotante), a vedação ao estabelecimento de padrões de vestimenta injustificadamente rigorosos às advogadas, a criação de mecanismos que incentivem a denúncia pelas advogadas vítimas de situações violentas, a punição dos agressores, etc.

Em verdade, há, no Protocolo de gênero do CNJ apenas uma breve orientação no sentido de que o julgador ou julgadora deve estar atento às

¹³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Banco de sentenças e decisões com aplicação do Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*, 2024. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f3bb4296-6c88-4c1f-b3bb->

[8a51e4268a58&sheet=03bb002c-6256-4b1d-9c93-a421f1bf8833&theme=horizon&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currusel](https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f3bb4296-6c88-4c1f-b3bb-8a51e4268a58&sheet=03bb002c-6256-4b1d-9c93-a421f1bf8833&theme=horizon&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currusel). Acesso em: 15 set. 2024.

¹³⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, ref. 1, p. 4.

desigualdades estruturais que afetam a participação das partes, advogadas, promotoras, testemunhas e outros atores relevantes do processo judicial¹³⁹.

Por ser genérica e inespecífica a previsão de observância do Protocolo em relação às advogadas, a sua efetiva aplicação acaba por depender da autoridade que conduzirá o processo (ou o ato judicial), identificando-se, assim, a primeira limitação do documento: a ausência de comandos diretos que obriguem o tratamento das advogadas sob perspectiva de gênero - por exemplo, uma determinação específica para que o juiz paralise ou, até mesmo, suspenda o júri em caso de ofensas à pessoa da advogada.

Ainda, o Protocolo orienta atenção para questões como: “Alguma das pessoas presentes em audiência é lactante? Alguma das pessoas tem filhos pequenos?”¹⁴⁰ Tais questões podem se referir às advogadas, como para qualquer mulher envolvida no processo. Contudo, diante da realidade crítica enfrentada pelas advogadas, acima exposta, seria importante que constasse especificamente no Protocolo do CNJ a atenção também às advogadas grávidas, lactantes ou com filhos pequenos, não apenas nas audiências, mas em sustentações orais, sessões de julgamento *etc.*, adequando a ordem da pauta ou, quando necessário, redesignando o ato.

As advogadas, ao exercerem seu trabalho, encontram-se em posição *sui generis*, não ocupada pelos

outros atores do processo. Necessitam litigar e defender os direitos dos seus assistidos com liberdade e segurança para exercerem seu ofício. A violência de gênero pode prejudicar a atuação da advogada, além das consequências emocionais e psicológicas. Assim, há necessidade de tutela de outras questões além daquelas tuteladas em relação às partes ou testemunhas.

Outro exemplo, faltou ao Protocolo do CNJ garantir às advogadas a segurança para denunciarem situações de abuso praticadas por juízes, promotores ou servidores do fórum sem sofrerem retaliações posteriores, para que continuem atuando naquele e em outros processos sem constrangimentos e sem que seus clientes sejam prejudicados; também deveria ter sido previsto um procedimento especial para que as denúncias das advogadas fossem apuradas com afincamento e seriedade, aplicando-se as punições cabíveis.

Mas, mesmo que as alterações acima pontuadas fossem incorporadas ao Protocolo do CNJ, ou que se promovesse a revisão do texto existente com a maior participação de advogadas na discussão, existem questões mais específicas relacionadas à advocacia que também precisam ser apreciadas sob perspectiva de gênero, como é caso das denúncias movidas contra advogados, os procedimentos administrativos ético-disciplinares ou do apoio (psicológico, social e financeiro) que as advogadas

¹³⁹ *Ibid.*, p. 45.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 45.

violentadas necessitam de sua entidade de classe.

Por isso, mesmo que possa ter a sua aplicação estendida às advogadas, inclusive com a implementação de melhorias, o aproveitamento do Protocolo de gênero do CNJ para questões específicas da advocacia é limitado, clareando, portanto, a importância de documentos semelhantes criados especificamente para a advocacia.

4 A CRIAÇÃO DE PROTOCOLOS ESPECÍFICOS PARA O COMBATE DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA ADVOCACIA

Conforme abordado na presente pesquisa, não há dúvida de que o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ abriu caminhos para a proteção das mulheres que buscam o Poder Judiciário, mas, como asseverado, questões específicas precisam ser enfrentadas.

Aliás, o próprio CNJ reconhece tal fato ao instituir, no início do ano de 2024, um grupo de trabalho para a elaboração do Protocolo de Julgamento com Perspectiva Racial, com o objetivo de “enfrentar e mitigar o racismo estrutural, institucional e as formas de discriminação deles decorrentes, promovendo uma

aplicação da lei mais justa e inclusiva.”¹⁴¹.

Além de criar um grupo de trabalho específico para o debate de questões raciais, o CNJ ainda deu a oportunidade para que entidades, acadêmicos e outros interessados que trabalham na interseção de raça e justiça enviassem propostas, asseverando que a participação ampla e diversificada é importante para o desenvolvimento de um protocolo eficaz.

O Protocolo racial é um excelente exemplo para compreender a importância da criação de documentos específicos, pela OAB, para combater a violência de gênero na advocacia, na medida em que o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero reconhece, em seu texto, a importância da interseccionalidade em sua aplicação, alertando para que sejam levados em conta *outros marcadores sociais* (além do gênero) que consubstanciam formas múltiplas de opressão, como é o caso da raça¹⁴².

De modo semelhante, nos termos expostos alhures, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero não é totalmente omissivo em relação à violência de gênero perpetrada contra as mulheres advogadas, havendo, inclusive, precedentes de sua utilização em tal situação. O que ocorre é que a

¹⁴¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo de Julgamento com Perspectiva Racial*. 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/direitos-humanos/pacto-nacional-do-judiciario-pela-equidade-racial/forum->

[nacional-do-poder-judiciario-para-a-equidade-racial-fonaer/protocolo-de-julgamento-com-perspectiva-racial/](https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/direitos-humanos/pacto-nacional-do-judiciario-pela-equidade-racial/forum-). Acesso em: 15 set. 2024.

¹⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, ref. 1, p. 22.

proteção conferida por ele não abrange todas as especificidades da violência contra a mulher advogada, além de ter pontos bastante subjetivos, dependendo do arbítrio do juiz e demais autoridades aplicá-lo nesse caso.

Em outras palavras, assim como as questões relacionadas à proteção das advogadas, as questões raciais estão, em alguma medida, tratadas no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, mas, mesmo assim, o próprio CNJ reconheceu a necessidade da criação de um novo protocolo, mais específico.

A verdade é que questões complexas - como a discriminação racial em âmbito judiciário e a violência de gênero na advocacia - precisam ser tratadas com a complexidade necessária, não sendo possível resolver todos os problemas estruturais enraizados na sociedade brasileira apenas a partir de um único documento, sob pena da discussão se tornar demasiadamente superficial, merecendo destaque, por isso, alguns movimentos que se organizaram na OAB com o objetivo de discutir a violência de gênero na advocacia.

Neste sentido, é importante pontuar que antes mesmo da criação

de protocolos, houve alterações significativas na legislação que regulamenta o exercício da advocacia em atenção às questões de gênero, como é caso, por exemplo, das alterações promovidas no Estatuto da Advocacia ¹⁴³ pela Lei nº. 14.612/2023¹⁴⁴, que inseriu o assédio moral, o assédio sexual e a discriminação como infrações ético-disciplinares.

Bem ainda, destaca-se a criação de regra de paridade de gênero instituída pela Resolução nº. 5/2020¹⁴⁵, válida a partir das eleições da OAB do ano de 2021, que impôs, dentre outras medidas, que as chapas tenham 50% de candidaturas de cada gênero, além de prever o percentual mínimo de 30% de advogados negros e de advogadas negras, com observância para as eleições de titulares e suplentes das diretorias do Conselho Federal, dos Conselhos Seccionais, das subseções e das Caixas de Assistência.

Foi graças à *regra de paridade* que pela primeira vez em quase 100 anos de história, a diretoria do Conselho Federal da OAB tem, como mencionado no primeiro capítulo dessa pesquisa, 2 mulheres em sua composição, nos cargos de secretária-

¹⁴³ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 13 abr. 2024.

¹⁴⁴ BRASIL. Lei nº 14.612, de 3 de julho de 2023. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), para incluir o assédio moral, o assédio sexual e a discriminação entre as infrações ético-disciplinares no âmbito da

Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14612.htm. Acesso em: 13 abr. 2024.

¹⁴⁵ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. Resolução nº 5/2020. 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/util/print?numero=5%2F2020&print=Legislacao&origem=Resolu%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 13 set. 2024.

geral e secretária-geral adjunta ¹⁴⁶, sendo indispensável a presença de tais mulheres nas discussões relacionadas a violência de gênero suportada pela mulher advogada.

Já em relação à criação de protocolos, o documento com maior destaque nesse sentido é o Protocolo para Julgamento de Processo Ético-disciplinar com Perspectiva de Gênero e Raça, cuja criação foi anunciada pelo Conselho Federal da OAB em março de 2024, a partir da constituição de um grupo de trabalho formado por conselheiras e representantes de diversas comissões da OAB¹⁴⁷.

De acordo com a vice-presidente da Comissão Nacional da Mulher Advogada, Rejane da Silva Sánchez: “O protocolo visa o acolhimento às vítimas, o tratamento das informações e julgamento adequado do seu caso para que a vítima se sinta confortável e confiante, que possa trazer a denúncia para o sistema”¹⁴⁸.

O documento foi aprovado pelo Conselho Federal da Ordem em agosto de 2024, acrescentando, a partir da Resolução nº. 005/2024¹⁴⁹, os artigos

3º-A, 55-A e o inciso VII do artigo 71 ao Código de Ética e Disciplina da OAB¹⁵⁰, impondo aos advogados o dever de atuar com perspectiva interseccional de gênero e raça em todas as etapas dos procedimentos judicial, administrativo e disciplinar, prevendo, ainda, a criação de um provimento para regulamentar a tramitação dos procedimentos na OAB e a organização de cursos, palestras, seminários e discussões a respeito de julgamento com perspectiva de gênero e raça.

O fato de o protocolo desenvolvido pelo Conselho Federal da OAB ter como um dos pilares o julgamento com perspectiva de gênero dos processos ético-disciplinares é extremamente válido, visto que, como visto acima, o Protocolo do CNJ não prevê nada nesse sentido, e, conforme levantamento realizado pelo grupo de pesquisa CARMIM Feminismo Jurídico, mencionado acima, 58,9% das advogadas entrevistadas têm certeza da impunidade do agressor e 87,9% acreditam que a OAB não prioriza a proteção das advogadas¹⁵¹.

Além do Protocolo de gênero elaborado pelo Conselho Federal da

¹⁴⁶ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, ref. 12.

¹⁴⁷ OAB INICIA elaboração de protocolo de enfrentamento à violência contra advogadas. *OAB Nacional*, 26 mar. 2024. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/62060/oab-inicia-elaboracao-de-protocolo-de-enfrentamento-a-violencia-contradvogadas>. Acesso em: 19 jun. 2024.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. *Resolução nº. 005/2024*. 2024. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao>

/resolucoes/005-2024?search=05&resolucoes=True. Acesso em: 10 set. 2024.

¹⁵⁰ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. *Resolução nº. 02/2015*. 2015. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirPDF?LivroId=0000004085>. Acesso em: 10 set. 2024.

¹⁵¹ MENDES, COSTA; DOURADO, ref. 16, p. 47.

OAB, algumas seccionais despontam na criação de seus próprios documentos, como é o caso da OAB do Estado do Rio Grande do Sul (OAB/RS), que, em sentido semelhante ao documento criado pela OAB Nacional, elaborou o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero relacionado ao julgamento dos processos ético-disciplinares, garantindo tramitação diferenciada dos casos que envolvam violência contra a mulher, a adoção de atendimentos às mulheres exclusivamente por colaboradoras do Tribunal de Ética e Disciplina (TED) e outras providências que visam, em especial, a não-revitimização das mulheres¹⁵².

Já a OAB do Estado do Mato Grosso (OAB/MT), lançou, em agosto de 2024, um protocolo para atendimento e acolhimento a advogadas em situação de violência e de prevenção e combate à violência de gênero, denominado Protocolo de Atendimento e de Acolhimento de Advogadas em Situação de Violência, focado “na atuação das mulheres

advogadas, que devem ser protegidas enquanto profissionais, ou seja, no exercício da advocacia”, implementando uma estrutura composta por uma Ouvidoria da mulher, equipe de atendimento multidisciplinar e sala de acompanhamento humanizado, além de estabelecer um selo prioritário para processos administrativos que envolvam violência contra a mulher¹⁵³.

A OAB do Distrito Federal (OAB/DF), por sua vez, divulgou, em setembro de 2024, seu próprio documento, denominado Protocolo de Atendimento para Enfrentamento da Violência de Gênero, objetivando “garantir um atendimento especializado, humanizado e seguro a todas as vítimas de violência de gênero, promovendo a cultura de paz e a igualdade de direitos”¹⁵⁴.

O Protocolo elaborado pela OAB/DF institui diretrizes o atendimento humanizado, o sigilo, a privacidade, a prioridade na tramitação, a capacitação interna e a colaboração institucional, bem como criando um sistema de denúncias a

¹⁵² ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Rio Grande do Sul. *Protocolo de julgamento com perspectiva de gênero: OAB/RS institui sistemática especial no TED para casos de violência contra a mulher*. 10 set. 2024. Disponível em:

<https://www2.oabrs.org.br/jornalDaOrdem/protocolo-de-julgamento-com-perspectiva-de-genero-oab-rs-institui-sistemica-especial-no-ted-para-casos-de-violencia-contr-a-mulher/50675>. Acesso em: 15 set. 2024.

¹⁵³ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Mato Grosso. *OAB-MT cria protocolo de atendimento e acolhimento a advogadas em situação de violência e de prevenção e combate à violência de gênero*. 06 set. 2024.

Disponível em: <https://www.oabmt.org.br/noticia/21057/oab-mt-cria-protocolo-de-atendimento-e-acolhimento-a-advogadas-em-situacao-de-violencia-e-de-prevencao-e-combate-a-violencia-de-genero>. Acesso em: 15 set. 2024.

¹⁵⁴ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Distrito Federal. *Novo Protocolo da OAB/DF garante atendimento especializado a vítimas de violência*. 02 set. 2024. 2024. Disponível em: <https://oabdf.org.br/noticias/destaque/novo-protocolo-da-oab-df-garante-atendimento-especializado-a-vitimas-de-violencia/>. Acesso em: 15 set. 2024.

partir dos canais “Fale Advogada” e “Ouvidoria da Mulher”. Tem destaque, ainda, no referido Protocolo, a previsão de oferecimento de serviços de psicologia e assistência social à mulher advogada em situação de violência, com pagamento de auxílio financeiro de um salário-mínimo por mês, por meio da Caixa de Assistência dos Advogados do Distrito Federal (CAA/DF), sem a necessidade de estar em dia com a anuidade da OAB/DF e sem condicionar a concessão ao cumprimento de carência após o deferimento da inscrição¹⁵⁵.

Destarte, os documentos criados pela OAB/MT e pela OAB/DF, com foco na criação de uma *rede de suporte* à vítima de violência, traz uma perspectiva importante e não muito explorada nos outros documentos elaborados pela OAB, com destaque para a oferta de acompanhamento especializado para a advogada, por meio da atuação de equipes de atendimento multidisciplinar, do oferecimento de apoio psicológico e da assistência social.

Por fim, a seccional da OAB do Estado de São Paulo (OAB/SP) discute a criação de um protocolo de gênero para a proteção da mulher advogada, tendo por base a pesquisa

desenvolvida pela advogada Soraia Mendes sobre *lawfare* de gênero, já citada, objetivando a elaboração de um protocolo de atuação para orientar a advocacia sobre o que pode configurar o desrespeito às prerrogativas sob a perspectiva de gênero¹⁵⁶.

Verifica-se, portanto, que a criação de protocolos específicos se mostra bastante necessária para atender alguns pontos mais específicos relacionados à violência de gênero praticada contra a mulher advogada, os quais dificilmente poderiam ser abordados de maneira efetiva pelo Protocolo do CNJ, abrangendo questões como a tramitação dos procedimentos administrativos e processos ético-disciplinares, o acolhimento das advogadas pós-violência, o fornecimento de apoio psicológico, assistência social e, até mesmo, auxílio financeiro, bem como a conscientização das advogadas para que identifiquem situações de abuso e saibam como proceder e como denunciar.

Uma crítica cabível, neste ponto, é a criação de múltiplos instrumentos, com conteúdo variado para cada subseção - não se olvidando

¹⁵⁵ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Distrito Federal. *Resolução nº. 5, de 29 de agosto de 2024*. Dispõe sobre a criação de procedimento interno exclusivo a ser adotado nas hipóteses de integrantes da advocacia da OAB do Distrito Federal encontrem em situações de violência contra a mulher ou de pessoas em situação de vulnerabilidade. 09 set. 2024. Disponível em: <https://oabdf.org.br/noticias/destaque/novo-protocolo-da-oab-df-garante-atendimento->

especializado-a-vitimas-de-violencia/. Acesso em: 15 set. 2024.

¹⁵⁶ OAB SP CRIARÁ protocolo de atuação ética e profissional para operadores do direito sob a perspectiva de gênero. *Jornal da Advocacia OAB/SP*, 16 mar. 2023. Disponível em: <https://jornaldaadvocacia.oabsp.org.br/noticias/oab-sp-criara-protocolo-de-atuacao-etica-e-profissional-para-operadores-do-direito-sob-a-perspectiva-de-genero/>. Acesso em: 13 set. 2024.

que há lugares em que não há sequer discussão sobre a questão -, em detrimento da criação de um único protocolo robusto pela OAB Nacional, com vigência em todo país, garantindo a proteção igualitária de todas as advogadas brasileiras, além de facilitar a fiscalização da implementação do documento.

Ademais, é certo que as medidas voltadas à conscientização, elencadas como prioridade pela OAB/SP, não podem ser negligenciadas, mas não devem se limitar à capacitação dos advogados já formados, envolvendo também as faculdades de direito, a fim de que questões como a violência, a discriminação e os estereótipos sejam trabalhadas com os futuros operadores do sistema de justiça ainda durante sua formação universitária.

Não obstante, as medidas voltadas ao âmbito dos processos ético-disciplinares, como previstas pela OAB Nacional e pela OAB/RS, devem ser acompanhadas pela criação de mecanismos repressivos, de fiscalização e de punição também pelo CNJ, CNMP e pelas Corregedorias das polícias, haja vista que episódios de violência contra as advogadas, em não raras ocasiões, são perpetrados por magistrados, promotores de justiça e policiais.

Com efeito, a partir da análise realizada, se pode concluir pela importância da criação de protocolos específicos de enfrentamento à violência de gênero para a advocacia, por iniciativa da OAB, em muito inspirados pelo Protocolo para Julgamento com Perspectiva de

Gênero do CNJ, vez que abarcam questões que não foram tratadas pelo Protocolo do CNJ e que, ante a especificidade exigida, não poderiam ser acrescidas ao documento sob pena de serem contempladas de forma muito superficial, comprometendo a efetividade.

Assim, há esperança de que as relevantes mudanças implementadas pela OAB a partir dos protocolos específicos - que, como exposto, deveriam ser reunidos em um documento único, de abrangência nacional - aliadas às alterações promovidas no Estatuto da Advocacia, no Código de Ética e Disciplina e relativas às regras de paridade, tragam a devida proteção e a segurança que as advogadas merecem e necessitam, libertando-as da violência de gênero, a fim de que possam exercer com liberdade a profissão que escolheram.

CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa, conclui-se que o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ constitui-se no mais importante documento criado para a proteção das mulheres no âmbito dos processos judiciais, sendo o pioneiro na criação de parâmetros para o tratamento das questões de gênero e influenciando uma nova leva de outros tantos protocolos desenvolvidos e em discussão.

A elaboração de outros protocolos, com inspiração direta no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, pode ser compreendida como um avanço

necessário para a efetiva proteção dos vulneráveis, com todas as suas demandas específicas, na seara do Direito - um ambiente que, dada a sua natureza androcêntrica, é marcado pela violência e pela discriminação, não apenas às mulheres, mas também às outras minorias sociais -, conforme reconhece o próprio CNJ, quando propõe a criação do Protocolo de Julgamento com Perspectiva Racial.

Nesse sentido, há de se reconhecer que questões específicas devem ser tratadas com atenção às suas particularidades, de forma que um protocolo que se propusesse a esgotar todas as formas de violência relacionadas a todas as minorias acabaria por se tornar um documento demasiadamente genérico e sem eficácia prática.

Diante de tais pressupostos, a conclusão que se chega em relação à violência de gênero na advocacia - ponto central da presente pesquisa - é que, ainda que o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ constitua importante avanço para a proteção da mulher advogada e que possa, inclusive, ser melhorado com o acréscimo de outras questões relacionadas às advogadas, é de inequívoca necessidade os protocolos criados pela OAB, que, atuando com diferentes perspectivas e prioridades, são capazes de contemplar pontos mais específicos e de maior complexidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jade; TEIXEIRA, Isadora. OAB aprova desagravo público à

advogada agredida com spray de pimenta. *Metrópoles*, 24 nov. 2023. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/grande-angular/oab-advogada-spray-de-pimenta-policia>. Acesso em: 14 set. 2024.

ADVOGADA acusa promotor de compará-la a cadela durante sessão do Júri. *Migalhas*, 14 set. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/393510/advogada-acusa-promotor-de-compara-la-a-cadela-durante-sessao-do-juri>. Acesso em: 14 set. 2024.

ADVOGADA denuncia que foi ameaçada e agredida por ex-marido de cliente dentro do Fórum. *TNH1*, 11 abr. 2024. Disponível em: <https://www.tnh1.com.br/noticia/nid/advogada-denuncia-que-foi-ameacada-e-agredida-por-ex-marido-de-cliente-dentro-do-forum/>. Acesso em: 27 jun. 2024.

ADVOGADA gestante tem negada prioridade em sustentação no TRT-4. *Migalhas*, 28 jun. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/410262/advogada-gestante-tem-negada-prioridade-em-sustentacao-no-trt-4>. Acesso em 14 set. 2024.

ADVOGADO xinga autora, advogada e servidora em petição: "vagabunda". *Migalhas*, 13 nov. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/396842/advogado-xinga-autora-advogada-e-servidora-em-peticao--vagabunda>. Acesso em: 14 set. 2024.

- BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: fatos e mitos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, v. 1.
- BEZERRA, Rafael. Advogada denuncia ter sido estuprada e ameaçada por cliente, em Caldas Novas. *Jornal Opção*, 28 nov. 2023. Disponível em: <https://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/advogada-denuncia-ter-sido-estuprada-e-ameacada-por-cliente-em-caldas-novas-550079/>. Acesso em: 14 set. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 13 abr. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 14.612, de 3 de julho de 2023*. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), para incluir o assédio moral, o assédio sexual e a discriminação entre as infrações ético-disciplinares no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14612.htm. Acesso em: 13 abr. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Conheça os ministros do Supremo Tribunal Federal*: República. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/ostf/ministros/ministro.asp?periodo=STF&consulta=ANTIGUIDADE>. Acesso em: 08 set. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Composição*: 4/9/2024. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta lp/SiteAssets/Paginas/Institucional/Composicao/Composicao-do-STJ.pdf>. Acesso em: 08 set. 2024.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Composição Órgãos Julgadores*. 2025. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/composicao-dos-orgao-julgadores>. Acesso em: 08 set. 2024.
- CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Direito das famílias com perspectiva de gênero: aplicação do protocolo de julgamento do Conselho Nacional de Justiça (Recomendação 128/2022 e Resolução 492/2023)*. São Paulo: Foco, 2024.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Banco de sentenças e decisões com aplicação do Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*, 2024. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f3bb4296-6c88-4c1f-b3bb-8a51e4268a58&sheet=03bb002c-6256-4b1d-9c93-a421f1bf8833&theme=horizon&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 15 set. 2024.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portaria nº 27 de 02/02/2021*. Institui Grupo de Trabalho para colaborar com a implementação das Políticas Nacionais estabelecidas pelas Resoluções

CNJ nº 254/2020 e nº 255/2020, relativas, respectivamente, ao Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário. 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3714>. Acesso em: 12 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo de Julgamento com Perspectiva Racial*. 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/direitos-humanos/pacto-nacional-do-judiciario-pela-equidade-racial/forum-nacional-do-poder-judiciario-para-a-equidade-racial-fonaer/protocolo-de-julgamento-com-perspectiva-racial/>. Acesso em: 15 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021*: grupo de trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 2 de fevereiro de 2021. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cn-j-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 15 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 128 de 15/02/2022*. Recomenda a

adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377>. Acesso em: 15 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 492, de 17 de março de 2023*. Estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021, institui obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original/144414202303206418713e177b3.pdf>. Acesso em: 15 set. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil*, 7 set. 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 10 set. 2024.

DESEMBARGADOR do AM repreende advogada por estar com bebê em sessão online, e vídeo repercute nas redes sociais. *g1 AM*, 23 ago.

2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2022/08/23/desembargador-do-am-repreende-advogada-por-estar-com-bebe-em-sessao-online-e-video-repercute-nas-redes-sociais.ghtml>. Acesso em: 14 set 2024.
- FERREIRA, Ana Carolina. Julgamento é adiado após promotor chamar advogada de 'galinha garnisé'; vídeo mostra discussão. *g1 Minas*, 02 abr. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2024/04/02/julgamento-e-adiado-apos-promotor-chamar-advogada-de-galinha-garnise-video-mostra-discussao.ghtml>. Acesso em: 15 set. 2024.
- "GRAVIDEZ não é doença": TRT-8 nega adiar audiência no dia do parto de advogada. *Migalhas*, 10 out. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/395112/trt-8-nega-adiar-audiencia-no-dia-do-parto-de-advogada>. Acesso em: 14 set. 2024.
- JUSTIÇA marca audiência de servidor público de Sorocaba que comparou cabelo de advogada com vassoura piçava. *g1 Sorocaba e Jundiaí*, 28 maio 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2024/05/28/justica-marca-audiencia-de-servidor-publico-de-sorocaba-que-comparou-cabelo-de-advogada-com-vassoura-piacava.ghtml>. Acesso em: 14 set. 2024.
- MENDES, Soraia; COSTA, Elaine Cristina Pimentel; DOURADO, Isadora. *Lawfare de gênero: a necessária e urgente construção de um protocolo para a atuação ética e profissional de integrantes da advocacia sob a perspectiva de gênero a partir da pesquisa nacional para identificação de casos de violência de gênero contra advogadas em razão do exercício da profissão*. 2023. Pesquisa (Grupo de Pesquisa CARMIM Feminismo Jurídico) - Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Alagoas, Brasília-Maceió-São Paulo, 2023. Disponível em: https://d1fdloi71mui9q.cloudfront.net/o26xRILDRxeKK4veyZCW_LAWFARE%20DE%20GENERO%20E%20PRERROGATIVAS%20ADVOGADAS_Profess_Dras-SoraiaMendes_ElainePimentel_20mar2023%20-%20Gr%C3%A1ficosBarra.pdf. Acesso em: 15 set. 2024.
- MENDES, Soraia; DOURADO, Isadora. *Lawfare de gênero: o uso do direito como arma de guerra contra mulheres*, 2022. Disponível em: https://assets-institucional-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2022/02/SoraiMendesIsadoraDourado_LAWFAREDEGENEROjaneiro2022.pdf. Acesso em: 15 set. 2024.
- 'ME OFERECEU R\$ 2 mil para sair com ele', diz advogada assediada por

- policial penal no Ceará. *g1 CE*, 03 nov. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2022/11/03/me-ofereceu-r-2-mil-para-sair-com-ele-diz-advogada-assediada-por-policial-penal-no-ceara.ghtml>. Acesso em: 14 set. 2024.
- OAB INICIA elaboração de protocolo de enfrentamento à violência contra advogadas. *OAB Nacional*, 26 mar. 2024. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/62060/oab-inicia-elaboracao-de-protocolo-de-enfrentamento-a-violencia-contradvogadas>. Acesso em: 19 jun. 2024.
- OAB SP CRIARÁ protocolo de atuação ética e profissional para operadores do direito sob a perspectiva de gênero. *Jornal da Advocacia OAB/SP*, 16 mar. 2023. Disponível em: <https://jornaldaadvocacia.oabsp.org.br/noticias/oab-sp-criara-protocolo-de-atuacao-etica-e-profissional-para-operadores-do-direito-sob-a-perspectiva-de-genero/>. Acesso em: 13 set. 2024.
- OAB SP e OAB Barretos organizam ato em apoio à advogada agredida por policiais. *OAB São Paulo*, 24 jan. 2024. Disponível em: <https://jornaldaadvocacia.oabsp.org.br/noticias/prerrogativas/oab-sp-e-oab-barretos-organizam-ato-em-em-apoio-a-advogada-agredida-por-policiais/>. Acesso em: 14 set. 2024.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal; FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Perfil ADV: 1º estudo demográfico da advocacia brasileira*. Coordenação: José Alberto Simonetti, Rafael de Assis Horn, Luis Felipe Salomão. Brasília; Rio de Janeiro: OAB Editora, 2024.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. *Institucional/Diretoria*. 2024. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/diretoria>. Acesso em: 09 set. 2024.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. *Resolução nº. 02/2015*. 2015. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirPDF?Livroid=0000004085>. Acesso em: 10 set. 2024.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NACIONAL. Conselho Federal. *Resolução nº 5/2020*. 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/util/print?numero=5%2F2020&print=Legislacao&origem=Resolu%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 13 set. 2024.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. *Seccional*. 2024. Disponível em: <https://www.oab.org.br/seccional/ac>. Acesso em: 10 set. 2024.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. *Resolução nº. 005/2024*. 2024. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/resolucoes/005-2024?search=05&resolucoes=True>. Acesso em: 10 set. 2024.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

Distrito Federal. *Novo Protocolo da OAB/DF garante atendimento especializado a vítimas de violência*. 02 set. 2024. 2024. Disponível em: <https://oabdf.org.br/noticias/destaque/novo-protocolo-da-oab-df-garante-atendimento-especializado-a-vitimas-de-violencia/>. Acesso em: 15 set. 2024.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

Distrito Federal. *Resolução nº. 5, de 29 de agosto de 2024*. Dispõe sobre a criação de procedimento interno exclusivo a ser adotado nas hipóteses de integrantes da advocacia da OAB do Distrito Federal encontrem em situações de violência contra a mulher ou de pessoas em situação vulnerabilidade. 09 set. 2024. 2024. Disponível em: <https://oabdf.org.br/noticias/destaque/novo-protocolo-da-oab-df-garante-atendimento-especializado-a-vitimas-de-violencia/>. Acesso em: 15 set. 2024.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

Mato Grosso. *OAB-MT cria protocolo de atendimento e acolhimento a advogadas em situação de violência e de prevenção e combate à violência de gênero*. 06 set. 2024. Disponível em: <https://www.oabmt.org.br/noticia/21057/oab-mt-cria-protocolo-de-atendimento-e-acolhimento-a-advogadas-em-situacao-de->

violencia-e-de-prevencao-e-combate-a-violencia-de-genero. Acesso em: 15 set. 2024.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

Rio Grande do Sul. *Protocolo de julgamento com perspectiva de gênero: OAB/RS institui sistemática especial no TED para casos de violência contra a mulher*. 10 set. 2024. Disponível em: <https://www2.oabrs.org.br/jornalDaOrdem/protocolo-de-julgamento-com-perspectiva-de-genero-oab-rs-institui-sistemica-especial-no-ted-para-casos-de-violencia-contra-a-mulher/50675>. Acesso em: 15 set. 2024.

RIBEIRO, Milena. Fórum de Ilhéus repreende advogadas por causa de roupa: "corpo que chama atenção". *BNews*, 20 out. 2023. Disponível em: <https://www.bnews.com.br/noticias/crime-e-justica-bahia/forum-de-ilheus-repreende-advogadas-por-causa-de-roupa-corpo-que-chama-atencao.html>. Acesso em: 14 set. 2024.

SILVA, Ânderson. Advogada é agredida por ex-mulher de cliente em Florianópolis e OAB-SC reage. *NSC Total*, 19 out. 2023. Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/colunistas/anderson-silva/advogada-e-agredida-por-ex-mulher-de-cliente-em-florianopolis-e-oab-sc-reage>. Acesso em: 14 set 2024.

DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E EFETIVIDADE NA EXECUÇÃO CIVIL: PERSPECTIVAS DE INOVAÇÃO INSPIRADAS NO SISTEMA PORTUGUÊS¹⁵⁷

REASONABLE DURATION OF PROCEEDINGS AND EFFECTIVENESS IN CIVIL ENFORCEMENT: INNOVATION PERSPECTIVES INSPIRED BY THE PORTUGUESE SYSTEM

Elias Marques Medeiros Neto

Pós Doutor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2015). Pós Doutor em Democracia e Direitos Humanos, com foco em Direito Processual Civil, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Ius Gentium Conimbrigae (2019). Pós Doutor em Direitos Sociais, com foco em Direito Processual Civil, na Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca (2022). Pesquisador visitante no Instituto Max Planck, em Direito Processual Civil (2023). Doutor (2014) e Mestre (2009) em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito da Unimar (Universidade de Marília/SP). E-mail: emarques@tozzinifreire.com.br

Otávio Fernando de Vasconcelos

Mestrando em Direito pela Universidade de Marília/SP (UNIMAR), com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pós-graduando em Direito Tributário pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI, Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Universidade de Marília/SP (UNIMAR). Advogado e pesquisador. E-mail: otaviofv.adv@gmail.com

Rogério Mollica

Doutor (2010), e Mestre (2006) em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Graduado em direito pela Universidade de São Paulo (1997). Fundador e ex-presidente do Centro de Estudos Avançados de Processo (Ceapro). Professor visitante da Universidade de São Paulo e Professor da Graduação e dos Programas de Mestrado e Doutorado da Unimar (Universidade de Marília/SP). E-mail: rogerio@caisadvogados.com.br

RESUMO: O presente estudo analisa a crise na execução civil brasileira, com destaque no princípio constitucional da duração razoável do processo, em um contexto onde o acesso à justiça é primordial para o alcance da paz social. Contextualiza-se a

problemática através da evolução histórica do processo executivo, desde suas origens no direito romano até as recentes reformas no sistema brasileiro. O objetivo geral é examinar as manifestações e impactos da ineficácia executiva da justiça

¹⁵⁷ Artigo recebido em 30/09/2024 e aprovado em 22/07/2025.

brasileira, notadamente sob o aspecto do princípio da duração razoável do processo. Como objetivos específicos, busca-se analisar a eficácia das medidas tipificadas de coerção executiva, investigar as dificuldades na localização de bens do devedor e avaliar a implementação de medidas atípicas de execução introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015. A metodologia utilizada é dedutiva, baseando-se na revisão de literatura e documentos, seguindo padrões científicos reconhecidos para garantir rigor acadêmico e metodológico. Os principais resultados revelam a persistência de altas taxas de congestionamento processual, especialmente em execuções fiscais, e a insuficiência das medidas atípicas para solucionar integralmente a crise. O presente artigo realiza também, uma breve análise comparativa com o sistema português, que implementou reformas significativas como a desjudicialização parcial e o Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo (PEPEX), com o escopo de oferecer novas percepções para o aprimoramento do sistema brasileiro. Conclui-se que a superação da crise na execução civil demanda uma abordagem com uma maior abrangência, incluindo a possibilidade de desjudicialização parcial, implementação de sistemas informatizados mais eficientes e mecanismos de avaliação prévia da viabilidade das execuções. Ressalta-se a necessidade de adaptações cautelosas ao contexto brasileiro, respeitando as particularidades do ordenamento jurídico nacional e os

princípios constitucionais pátricos. Por fim, enfatiza-se que a busca pela efetividade da tutela executiva requer não apenas alterações legislativas, mas também uma mudança cultural no âmbito jurídico, promovendo cooperação entre as partes e práticas que privilegiem a satisfação do crédito de forma eficiente e justa.

PALAVRAS-CHAVE: Execução civil, Duração razoável do processo, Morosidade processual, Efetividade, Reforma judicial.

ABSTRACT: This study analyzes the crisis in Brazilian civil enforcement, highlighting the constitutional principle of reasonable duration of proceedings, in a context where access to justice is paramount for achieving social peace. The issue is contextualized through the historical evolution of the enforcement process, from its origins in Roman law to recent reforms in the Brazilian system. The general objective is to examine the manifestations and impacts of the ineffectiveness of Brazilian justice enforcement, notably from the perspective of the principle of reasonable duration of proceedings. Specific objectives include analyzing the effectiveness of typical enforcement coercion measures, investigating difficulties in locating debtor assets, and evaluating the implementation of atypical enforcement measures introduced by the 2015 Civil Procedure Code. The methodology used is deductive, based on literature and document review, following recognized scientific standards to ensure academic and

methodological rigor. The main results reveal the persistence of high rates of procedural congestion, especially in tax enforcement, and the insufficiency of atypical measures to fully resolve the crisis. This article also conducts a brief comparative analysis with the Portuguese system, which has implemented significant reforms such as partial dejudicialization and the Pre-Executive Extrajudicial Procedure (PEPEX), aiming to offer new insights for improving the Brazilian system. It concludes that overcoming the crisis in civil enforcement demands a more comprehensive approach, including the possibility of partial dejudicialization, implementation of more efficient computerized systems, and mechanisms for prior assessment of enforcement viability. The need for cautious adaptations to the Brazilian context is emphasized, respecting the particularities of the national legal system and constitutional principles. Finally, it emphasizes that the pursuit of effectiveness in enforcement protection requires not only legislative changes but also a cultural shift in the legal sphere, promoting cooperation between parties and practices that prioritize credit satisfaction efficiently and fairly.

KEYWORDS: Civil enforcement, Reasonable duration of proceedings, Procedural delay, Effectiveness, Judicial reform.

INTRODUÇÃO

Aquele que recorre ao Poder Judiciário, assim o faz impulsionado

por uma necessidade premente na obtenção de paz interior, buscando a concretização de um direito que lhe entenda ser devido. Tal outorga, em muitos casos, representa o último recurso disponível ao sujeito, que entrega ao Estado sua inteira confiança e esperança de que sua pretensão não seja somente reconhecida, mas satisfeita de maneira plena.

Assim, sua expectativa vai além da mera obtenção de uma sentença favorável. Este espera a realização da materialização de seu desejo que foi judicialmente reconhecido, ou seja, somente restará satisfeito com a efetiva entrega do bem da vida perseguido. Todavia, entre o legalmente previsto e a realidade do sistema judicial brasileiro, principalmente no que tange ao âmbito da execução civil, existe um abismo que em muitos casos põem em xeque a efetividade do poder jurisdicional.

Assim como na famosa peça de Shakespeare “O Mercador de Veneza”, onde Shylock, realiza um empréstimo para Antonio, sob a condição de que, caso o pagamento não fosse realizado no prazo acordado, o primeiro teria direito a uma libra de carne do corpo de seu devedor. Contudo, ao tentar exigir o que havia sido avençado, foi infeliz, vez que Pórcia ao defender Antonio, argumenta que no referido contrato, em que pese houvesse tal condição,

não restava previsto permissão para derramamento de sangue¹⁵⁸.

Na citada peça, o credor até que obteve certo sucesso ao final, porquanto realizou outro acordo financeiro com o devedor. Todavia, não é raro no Brasil que o detentor de uma sentença judicial favorável não consiga a integral satisfação em se fazer valer desta.

Certo é que a execução civil no Brasil enfrenta uma crise caracterizada principalmente pelos aspectos da morosidade processual, ineficácia dos meios executivos e dificuldades na localização de bens do devedor, comprometendo a efetivação dos direitos declarados e a credibilidade do sistema judicial.

Tal problemática demanda uma análise crítica da execução civil brasileira, e o presente estudo propõe-se, como objetivo geral, a examinar as manifestações e impactos dessa conjuntura, especificamente com o enfoque no princípio da duração razoável do processo, presente no rol de garantias constitucionais, bem como reafirmado no Editó Processual Civil Brasileiro de 2015.

O diagnóstico dos problemas enfrentados não é a única finalidade do presente artigo, mas também realizar uma breve análise comparativa com o que é previsto pelo ordenamento jurídico de Portugal, que passou por significativas reformas entre os anos de 2003 e 2013 que trouxeram, de

maneira pragmática, algumas soluções para os obstáculos que se impõem à efetividade da tutela executiva, tornando-o referência quanto à efetividade do processo civil.

Para tanto, tendo em vista o objeto da pesquisa, dentro dos métodos científicos considerados academicamente idôneos, o presente trabalho opta-se pelo método dedutivo, vez que se parte da análise do cenário atual, utilizando revisão bibliográfica e documental, como procedimento instrumental de pesquisa.

1. PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL

Antes mesmo de aduzir especificamente sobre o princípio da Duração Razoável do Processo, e objetivando uma melhor didática, necessário se faz, trazer ao presente estudo a chamada “constitucionalização do direito processual”, sendo esta entendida como a inserção de institutos e princípios processuais nas disposições constitucionais, configurando-os como direitos fundamentais.

1.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

suas costas ao Coronel Antonio Morais. Todavia ao ser cobrado, alegou que não haviam combinado qualquer derramamento de sangue, frustrando completamente as aspirações de seu credor.

¹⁵⁸ O trecho da peça shakespeariana trazido ao artigo como ilustração, também serviu de inspiração ao autor brasileiro Ariano Suassuna, quando em sua obra “Auto da Compadecida”, João Grilo promete um pedaço de couro de

A transição do modelo de Estado de liberal para social e a consagração do Estado Constitucional Democrático resultaram na constitucionalização do direito processual, o que trouxe maior previsibilidade à construção do direito fundamental de acesso à justiça, inclusive em âmbito internacional¹⁵⁹.

Neste sentido criou-se um sistema de princípios que serviram de sustentáculo para a construção do processo civil em nosso ordenamento, ou seja, “a carta Magna institui os parâmetros que vão moldar o processo, assim como a estrutura do alicerce determina o espaço físico da construção”¹⁶⁰.

A preocupação de que tais pilares deveriam servir de bússola para que a condução de qualquer processo judicial fosse acessível, justo e efetivo evidenciou-se quando da publicação da Declaração Universal dos Direitos dos Homens em 1948¹⁶¹, que estabeleceu diversos direitos inerentes ao ser humano como princípios fundamentais a serem seguidos e respeitados, principalmente após os

nefastos acontecimentos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial.

Aliás, com inspiração ao Tratado de Roma (1950), quando da realização da Convenção Americana de Direitos Humanos, fora promulgado o Pacto de San José da Costa Rica, em 1969, (inserida no Ordenamento Jurídico Brasileiro por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992), que ao tratar das Garantias Constitucionais, prevê no primeiro inciso primeiro do artigo 8º:

*1. Toda pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*¹⁶²

¹⁵⁹ MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; BARBOSA, Luiza Nogueira. O processo civil internacional no cpc/2015 e os princípios ali/unidroit do processo civil transnacional: uma análise de consonância da harmonização processual. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 19, n. 2, p. 205, 2018. DOI: 10.12957/redp.2018.36491. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/36491>>. Acesso em: 30 jul. 2024.

¹⁶⁰ NETO, Olavo de Oliveira; NETO, Elias Marques de Medeiros; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de Direito Processual**

Civil: Volume 1: parte geral (Lei nº 13.105/15 – Novo CPC). São Paulo: Verbatim, 2015, p. 79.

¹⁶¹ NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. (1948). Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2025-03/ONU_DireitosHumanos_DUDH_UNICRio_20250310.pdf> Acesso em 27 jul. 2024.

¹⁶² BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decret/d0678.htm> Acesso em: 27 jul. 2024.

A análise histórica da evolução dos direitos fundamentais revela uma notável transição de uma perspectiva naturalística para uma abordagem constitucional, evidenciando um processo gradual de positivação e, mais recentemente, de constitucionalização desses direitos. Essa trajetória não se limita a um mero exercício hermenêutico, mas se apresenta como um catalisador fundamental para a concretização dos valores intrínsecos à dignidade da pessoa humana e à efetivação dos direitos fundamentais. Tal perspectiva histórica, portanto, não apenas enriquece nossa compreensão sobre a gênese e o desenvolvimento desses direitos, mas também serve como um alicerce crucial para sua implementação e proteção no contexto jurídico-social contemporâneo¹⁶³.

Neste compasso, no sentido de que houvesse uma tendência de harmonização do direito processo civil entre os países, ao final da década de 1990, fruto de uma colaboração acadêmica entre os eminentes professores Geoffrey Hazard, da Universidade da Pensilvânia, e Michele Taruffo, da Universidade de Pádua, emergiu a concepção inicial dos

Princípios do Processo Civil Transnacional - ALI/UNIDROIT. Esta iniciativa pioneira visava estabelecer um conjunto de diretrizes e normas que harmonizassem elementos dos sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*, com o propósito de mitigar os obstáculos enfrentados na litigância em jurisdições estrangeiras e, conseqüentemente, fomentar um acesso mais equitativo à justiça. O projeto, que se desenvolveu como uma resposta às crescentes demandas de um mundo cada vez mais globalizado, buscava criar uma ponte entre diferentes tradições jurídicas, oferecendo um arcabouço processual que pudesse ser aplicado ou adaptado em litígios transnacionais, contribuindo assim para uma maior previsibilidade e eficiência na resolução de conflitos internacionais¹⁶⁴.

Em abril de 2004, durante a 83ª sessão do Conselho de Governo do UNIDROIT, foi aprovado o texto dos "Princípios do Processo Civil Transnacional", acompanhado de seus comentários. No mês seguinte, esses princípios foram formalmente sancionados no 81º encontro anual do American Law Institute (ALI),

¹⁶³ SILVA, Juliano Santana. **O princípio da razoável duração do processo e as perspectivas do novo cpc em relação à esse direito fundamental**. 134 p. Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento — Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás, 2015, p. 15. Disponível em: <<https://tede2.pucgoias.edu.br/handle/tede/2742>>. Acesso em: 27 jul. 2024.

¹⁶⁴ MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; BARBOSA, Luiza Nogueira. O processo civil internacional no cpc/2015 e os princípios ali/unidroit do processo civil transnacional: uma análise de consonância da harmonização processual. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 19, n. 2, p. 207, 2018. DOI: 10.12957/redp.2018.36491. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/36491>>. Acesso em: 30 jul. 2024

recebendo a denominação oficial de *Rules of Transnational Civil Procedure*. O Brasil, sendo um dos sessenta e três Estados membros da UNIDROIT, desde 1993, aderiu a essa harmonização das normas processuais.

Assim, o processo de constitucionalização dos princípios processuais, que já havia se iniciado com a promulgação da Carta Política de 1988, estatuiu regras quanto ao exercício de cidadania e acesso à justiça, efetivou-se com o advento da Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, que reformou o Poder Judiciário, incorporando ao texto magno a previsão de um sistema processual que visa assegurar a efetividade do processo e proporcionar meios eficientes para a concretização do acesso à justiça.

Há de se destacar os seguintes princípios processuais na Constituição: i) Princípio do Devido Processo Legal – art. 5º, LIV da CF; ii) Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – art. 5º, XXXV da CF; iii) Princípio do acesso à justiça – art. 5º, XXXV da CF; iv) Princípio do Contraditório – art. 5º, LV da CF; v) Princípio da ampla defesa – art. 5º, LV da CF; vi) Princípio da isonomia – art. 5º, caput da CF; vii) Princípio do juiz natural – art. 5º, XXXVII e LIII da CF; viii) Princípio da publicidade; ix) Princípio da fundamentação das decisões judiciais; x) Princípio do duplo grau de jurisdição; xi) Princípio da proibição da

prova ilícita – art. 5º, LVI da CF; xii) Princípio da celeridade processual.

Cumprido ressaltar, no entanto, que o arcabouço principiológico do processo civil não se limita àqueles expressamente consagrados na Carta Magna. É possível identificar, seja de forma explícita ou implícita na legislação processual, princípios informativos que permeiam todo o sistema processual civil, aplicando-se indistintamente a seus diversos institutos. Ademais, cada instituto processual específico pode ser regido por princípios próprios, como se observa, por exemplo, na seara recursal, onde princípios particulares orientam e moldam a teoria dos recursos. Essa complexa teia de princípios, em seus diferentes níveis de abrangência, contribui para a coesão e eficácia do sistema processual civil como um todo, garantindo sua consonância com os preceitos constitucionais e, simultaneamente, atendendo às peculiaridades de cada instituto processual¹⁶⁵.

Evidencia-se então estreita relação entre as normas de processo civil e os preceitos constitucionais, transcendendo a mera identificação de dispositivos constitucionais vinculados ao processo civil. O escopo dessa interconexão é garantir que toda a legislação processual seja aplicada à luz dos valores constitucionais, promovendo uma interpretação sistêmica e harmônica do ordenamento jurídico, refletindo uma

¹⁶⁵ NETO, Olavo de Oliveira; NETO, Elias Marques de Medeiros; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de Direito Processual**

Civil: Volume 1: parte geral (Lei nº 13.105/15 – Novo CPC). São Paulo: Verbatim, 2015. p. 81.

mudança paradigmática na compreensão do direito processual, alinhando-o aos princípios fundamentais da Constituição e reforçando seu papel como instrumento de efetivação de direitos e garantias constitucionais.

1.2 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Dentre os princípios processuais esculpidos na Constituição Federal, e visando a fluidez e o alcance do que é proposto no presente trabalho, realizar-se-á, mesmo que de maneira superficial, uma análise do Princípio da Duração Razoável do Processo, que foi positivado pela citada EC nº 45/2004, incluindo ao artigo 5º da Constituição Federal, o 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, os termos seguintes:

(...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

Seguindo a já citada harmonização dos princípios do ALI/UNIDROIT, com influência no Código de Processo Civil Português de

2013, especificamente em seu artigo 7º, o Editó Processual Civil Brasileiro, promulgado através da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 consagrou, no artigo 4º, este referido princípio, possuidor de natureza de direito fundamental, quando reza que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Já o artigo 6º, ao dispor sobre o princípio da cooperação entre todos os sujeitos do processo, prevê um resultado de decisão de mérito justa e efetiva, em tempo razoável, tornando notória a intrínseca ligação dos princípios da duração razoável do processo e efetividade processual, características de um código de processo como um único organismo, congruente para que o objetivo da existência de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, fosse realmente atingido.

Pode-se afirmar, portanto, que o fator temporal é inerente ao processo judicial, constituindo-se como elemento fundamental para a consecução de seu objetivo primordial. A inobservância ao respeito deste componente compromete significativamente a capacidade do sistema jurídico de proporcionar uma tutela jurisdicional eficaz, colocando em risco a própria razão de ser do processo. Desta feita, o tempo não apenas permeia o procedimento, mas também se revela como condição *sine qua non* para que o aparato judicial possa cumprir sua função precípua de oferecer uma resposta justa e tempestiva às demandas sociais,

garantindo a efetividade do direito material em questão.

Nessa direção Dinamarco e Lopes ¹⁶⁶, já aduziram que, a tempestividade da tutela jurisdicional tem sido um desafio persistente no campo do Direito Processual, demandando esforços contínuos de estudiosos e operadores do processo para mitigar os efeitos deletérios do tempo sobre os direitos dos jurisdicionados. A morosidade processual, reconhecida como um dos maiores obstáculos à efetividade da justiça, não se limita ao contexto brasileiro, afetando também sistemas jurídicos mais desenvolvidos. Este cenário tem fomentado reflexões sobre a necessidade de mecanismos que acelerem o trâmite processual, visando evitar o perecimento de direitos e minimizar a angústia das partes. A metáfora do "*tempo-inimigo*", cunhada pela doutrina há décadas, ilustra de forma eloquente os prejuízos causados pela excessiva duração dos processos, evidenciando a urgência de soluções que promovam uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz.

1.3 DEFININDO A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Dada a relevância da duração razoável do processo, como elemento basilar para culminação da efetividade processual, sendo este

constitucionalizado, é dever do Estado proporcionar todos os meios necessários para a promoção de um processo de duração razoável.

Obviamente que a garantia ao respeito à celeridade processual não deve servir como justificativa para que o Poder Judiciário haja ao arrepio doutros princípios de mesma magnitude, tais como: o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, dentre outros.

Desta forma, como se pode definir a duração razoável em um processo, considerando que no ordenamento jurídico não existem precisos parâmetros neste sentido?

Didier ¹⁶⁷, argumenta que no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se um parâmetro relevante para a duração razoável do processo em casos que envolvem a possibilidade de perda de mandato eletivo. O artigo 97-A da Lei 9.504/1997, introduzido pela Lei n. 12.034/2009, estabelece um prazo considerado razoável de um ano para a tramitação completa do processo em todas as instâncias da Justiça Eleitoral, contado a partir da apresentação da demanda. Essa disposição legal não apenas define um critério temporal para a resolução de questões eleitorais sensíveis, mas também prevê mecanismos de responsabilização em caso de descumprimento. Nesse sentido, o legislador determinou que, na hipótese de inobservância desse

¹⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 55-56.

¹⁶⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 125.

prazo, é cabível representação disciplinar contra o juiz ou o Tribunal responsável, conforme disposto no artigo 97 da mesma lei, sem prejuízo da possibilidade de representação perante o Conselho Nacional de Justiça, como previsto no § 2º do artigo 97-A da Lei 9.504/1997.

Contudo, inobstante a citada previsão legal, outra avaliação demonstra uma melhor eficiência quanto aos critérios adotados para concluir sobre a razoabilidade da duração do processo no caso concreto, adotados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que ao longo de sua jurisprudência, estabeleceu parâmetros objetivos o exercício de tal avaliação, considerando as especificidades de cada caso. Esses critérios abrangem a complexidade da lide, o comportamento da parte que alega o dano, a atuação dos agentes públicos envolvidos no processo e a relevância do objeto da demanda para o requerente da indenização (*posta in gioco*)¹⁶⁸.

Também neste sentido, ao abordar o primeiro critério, é essencial considerar a complexidade do caso, uma vez que não é viável estabelecer antecipadamente um prazo fixo para a conclusão de determinadas categorias de processos. O segundo critério de

avaliação, que se refere ao comportamento das partes, também deve ser analisado com base no caso concreto, ponderando-se a conduta de cada parte envolvida. Acredita-se ser possível responsabilizar aqueles que adotam práticas como a litigância de má-fé e o uso de recursos protelatórios. Finalmente, o terceiro critério está relacionado à atuação do magistrado e dos servidores públicos, com o objetivo de cumprir o princípio da eficiência administrativa, conforme estabelecido no artigo 37 da Constituição Federal de 1988¹⁶⁹.

Ante o exposto, depreende-se que a delimitação da duração razoável do processo transcende a mera fixação de um parâmetro temporal unívoco e inflexível. A abordagem mais profícua para aferir a razoabilidade da duração processual é aquela que contempla uma multiplicidade de fatores, consoante os critérios preconizados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Esta metodologia, que pondera a complexidade da lide, o comportamento das partes e a atuação dos agentes públicos, propicia uma análise mais holística e equânime de cada caso. Tal perspectiva não apenas respeita as idiosincrasias de cada processo, mas também promove um equilíbrio entre a celeridade

¹⁶⁸ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos como paradigma para a concretização do conceito de razoável duração do processo*. Revista Direito Federal, ed. v. 95. Disponível em: <[https://www.ajufe.org.br/images/bkp/ajufe/arquivos/downloads/frederico-augusto-leopoldino-koehler-a-jurisprudencia-da-corte-europeia-de-direitos-humanos-como-](https://www.ajufe.org.br/images/bkp/ajufe/arquivos/downloads/frederico-augusto-leopoldino-koehler-a-jurisprudencia-da-corte-europeia-de-direitos-humanos-como-paradigma-para-a-concretizacao-do-conceito-de-razoavel-duracao-do-processo.pdf)

[paradigma-para-a-concretizacao-do-conceito-de-razoavel-duracao-do-processo-410151512.pdf](https://www.ajufe.org.br/images/bkp/ajufe/arquivos/downloads/frederico-augusto-leopoldino-koehler-a-jurisprudencia-da-corte-europeia-de-direitos-humanos-como-paradigma-para-a-concretizacao-do-conceito-de-razoavel-duracao-do-processo.pdf)>. Acesso em 20 jul.2024. p.112-113.

¹⁶⁹ NETO, Olavo de Oliveira; NETO, Elias Marques de Medeiros; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de Direito Processual Civil: Volume 1: parte geral (Lei nº 13.105/15 – Novo CPC). São Paulo: Verbatim, 2015. p. 112-115.

processual e outros princípios constitucionais basilares. Destarte, a consecução da duração razoável do processo deve ser norteadada por uma avaliação criteriosa e contextualizada, que viabilize a efetivação da justiça de forma eficiente, sem olvidar a qualidade e a legitimidade das decisões judiciais.

2. CRISE DA EXECUÇÃO CIVIL NO BRASIL

Conforme amplamente reconhecido pela doutrina jurídica, o acesso ao Poder Judiciário, consagrado na Constituição Federal como direito fundamental, é comumente denominado Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou Princípio do acesso à Justiça. No entanto, a mera garantia de acesso à tutela jurisdicional revela-se insuficiente; é imperativo que esta seja eficiente e adequada para solucionar as demandas apresentadas ao Estado de maneira tempestiva e eficaz.

Infelizmente, observa-se com frequência que a prestação jurisdicional não alcança níveis ótimos de eficiência, resultando em processos que se estendem por anos até que se obtenha a plena satisfação do direito pleiteado.

De acordo com os dados obtidos junto ao Conselho Nacional de Justiça, no documento “Justiça em Números” (CNJ, 2024)¹⁷⁰, a análise dos processos em fase de execução no

primeiro grau do Poder Judiciário brasileiro revela um cenário preocupante no que tange à morosidade e ao volume de casos pendentes.

Ao final de 2023, o acervo processual atingiu a marca de 78 milhões de processos aguardando baixa, sendo que 56,5% destes se encontravam na fase de execução. Este dado é particularmente alarmante quando se considera que, apesar do ingresso de novos casos na fase de conhecimento ser quase duas vezes superior ao da fase de execução, o acervo desta última supera em 36,1% o da primeira.

A evolução histórica do estoque de processos em execução demonstra uma tendência de crescimento entre 2009 e 2017, seguida por um período de relativa estabilidade até 2020, e uma nova ascensão a partir de 2021, com um incremento de 0,2% no último ano analisado. As execuções fiscais representam a maior parcela deste acervo, correspondendo a 59% do total e sendo responsáveis por uma taxa de congestionamento de 88% em 2023, o que as coloca como principal fator de morosidade no sistema judiciário nacional.

O impacto da fase de execução varia significativamente entre os diferentes ramos da Justiça, sendo mais pronunciado na Justiça Estadual, Federal e Trabalhista, onde representa, respectivamente, 55,7%, 40,2% e 58,3% do acervo total de cada

¹⁷⁰ JUSTIÇA EM NÚMEROS. Conselho Nacional de Justiça-Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf)

[content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf)>. Acesso em 20 jul.2024

segmento. Em alguns tribunais, como o TJDF e o TJSP na Justiça Estadual, e diversos Tribunais Regionais do Trabalho, a execução chega a consumir mais de 60% do acervo.

Entretanto, é importante notar que a situação não é uniforme em todo o território nacional, havendo tribunais onde a execução representa menos de 30% do acervo, como é o caso do TJPI, TJCE, TJAP e TJMA. A análise comparativa dos indicadores de desempenho entre as fases de conhecimento e execução revela discrepâncias significativas, especialmente na Justiça Trabalhista, onde o Índice de Atendimento à Demanda (IAD) atinge 115% na fase de conhecimento, mas apenas 86% na execução. Essa disparidade se reflete na taxa de congestionamento, que, quando excluídos os processos de execução, reduz de 72,5% para 64,8% no primeiro grau do Judiciário, evidenciando o impacto substancial da fase de execução na eficiência global do sistema de justiça brasileiro.

Assim, resta evidente que há uma crise na execução civil nacional que não permite a conclusão de que os princípios da duração razoável do processo (e efetividade), sendo estes revestidos de direitos fundamentais, sejam alcançados, pelo menos no que tange à maioria das demandas propostas. E quando um ente público faz parte da relação processual então, dependendo do montante pleiteado, ainda há de se aguardar outros longos anos para que o precatório seja adimplido.

Passaremos agora, à análise sobre alguns fatores que justificam tais números.

2.1 (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS TIPIFICADAS DE COERÇÃO EXECUTIVA

Ao tratarmos sobre a execução, a história do Direito nos faz revisitar ao período do processo romano, que em um primeiro período, a satisfação da atividade de execução se dava em face à pessoa do devedor que, caso não cumprisse sua obrigação, poderia então o credor poder optar por escravizar o devedor ou, em casos extremos, até mesmo decidir por sua eliminação, refletindo a rigidez e a brutalidade das práticas legais da época.

Inicialmente, o processo executório caracterizava-se por uma abordagem extremamente pessoal e severa, na qual o vencedor da demanda tinha a incumbência de conduzir o vencido à presença do magistrado para a efetivação da adjudicação. O descumprimento da sentença nesse período acarretava consequências drásticas para o devedor, incluindo a perda do direito de defesa e a impossibilidade de interpor embargos à execução, recurso amplamente utilizado na atualidade. As sanções impostas eram de natureza física, podendo resultar na escravização do vencido pelo vencedor, com a possibilidade de prisão domiciliar. O sistema previa um prazo de dois meses para que o vencedor tentasse obter valores através da exposição pública do vencido ou por meio de ofertas

pecuniárias de terceiros. Caso essas tentativas fossem infrutíferas, ao vencedor era concedida até mesmo a prerrogativa de tirar a vida do devedor. Em situações de múltiplos credores, cada um poderia reivindicar sua parte no corpo do devedor, evidenciando a natureza draconiana e literal da execução nesse período histórico¹⁷¹.

A evolução histórica do processo executivo testemunhou uma significativa transição paradigmática, na qual se observou o abandono gradual dos métodos de execução pessoal em favor de uma abordagem eminentemente patrimonial. Esta metamorfose jurídica culminou na gênese do princípio da patrimonialidade, axioma fundamental que norteia a atividade executiva contemporânea. Segundo este preceito, a satisfação do crédito exequendo recai exclusivamente sobre o acervo patrimonial do devedor, salvaguardando sua integridade física e moral. Não obstante, é imperioso ressaltar que a aplicação deste princípio não se reveste de caráter absoluto, admitindo-se mitigações em situações específicas, como nas ações que versam sobre obrigações de fazer ou não fazer, nas quais a própria natureza da prestação pode demandar uma intervenção mais direta na esfera pessoal do executado¹⁷².

Versando sobre o contexto brasileiro, e em um vultoso salto histórico, o Código de Processo Civil de 1973 refletia claramente a influência dos ideais liberais clássicos dos séculos XIX e início do XX, especialmente no que tange às medidas legais para a garantia da tutela executiva. Esta influência manifestava-se como um mecanismo de controle e delimitação da atuação do Estado-juiz na esfera da liberdade e propriedade do devedor, assegurando a este último um conjunto de garantias processuais. Dentre estas, destacavam-se a previsibilidade do processo executivo, a ciência prévia dos instrumentos executivos à disposição do Estado e, sobretudo, a certeza de que a perda de bens ocorreria exclusivamente no âmbito de um processo específico.

Assim, mesmo com a possibilidade da cobrança de multas, arresto, penhora e outras espécies de restrições, como medidas que visavam a garantia de satisfação do crédito do vencedor de uma lide, a possibilidade de este não obter àquilo que lhe fazia jus ainda era considerável.

No contexto do Código de Processo Civil de 1973, mesmo após as alterações introduzidas pela Lei nº 8.972/1994 e em 2002, que previam certa flexibilidade nos meios

¹⁷¹ FRANCISCO, Karla Dias; SILVA, Ivan de Oliveira. *Execução civil: o uso de medidas atípicas para a satisfação da dívida exequenda (suspensão de cnh, passaporte e bloqueio de cartão de crédito)*. Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas, v. 3, n. 1, 19 jun. 2019. Disponível em: <<https://revistas.brazcubas.br/index.php/revd>

[ubc/article/view/610](https://revistas.brazcubas.br/index.php/revd/article/view/610)>. Acesso em: 31 jul. 2024.

¹⁷² NETO, Olavo de Oliveira; NETO, Elias Marques de Medeiros; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil: Volume 3: tutela executiva e tutela recursal*. São Paulo: Verbatim, 2018. p. 55-56.

executivos por meio da inclusão dos artigos 461, §5º, e 461-A, § 3º, o papel do magistrado era caracterizado por uma atuação limitada. O juiz estava vinculado a seguir rigorosamente o procedimento executivo estabelecido, o que restringia sua capacidade de escolher a medida mais adequada para assegurar a rápida e efetiva satisfação do direito a ser executado. Essa estrutura normativa conferia ao magistrado pouca liberdade para adaptar os meios executivos às especificidades de cada caso, o que, em muitos casos, comprometia a eficiência e a celeridade da execução judicial¹⁷³.

2.2 DIFICULDADE DA LOCALIZAÇÃO DOS BENS DO DEVEDOR

Neste sentido, o Código de Processo Civil de 2015, no artigo 789 até o artigo 796, trata da responsabilidade patrimonial, apresentando um conjunto de disposições que buscam equilibrar os interesses dos credores e devedores no âmbito das obrigações civis. Observa-se uma estrutura jurídica que abrange desde a regra geral da responsabilidade patrimonial universal até aspectos mais específicos, como os que envolvem o direito de superfície e a fraude à execução.

Destaca-se a que a tal responsabilização legal não desconsidera a proteção aos direitos

fundamentais do devedor e de terceiros de boa-fé. Este equilíbrio se manifesta, por exemplo, nas disposições que abordam a desconsideração da personalidade jurídica (art. 792, §3º), e nas que regulam o benefício de ordem do fiador (art. 794), evidenciando a preocupação em coibir abusos e preservar a segurança jurídica nas relações obrigacionais.

Contudo, em que pese o legislador ter procurado assegurar uma maior efetividade da tutela jurisdicional executiva, ainda há enorme dificuldade por parte do credor em satisfazer sua intenção ao procurar o Poder Judiciário, principalmente quanto à localização de bens do devedor, seja pela sua verdadeira inexistência, ou mesmo quando este, eivado de má-fé, utiliza-se de prática de atos fraudulentos, principalmente àqueles em que terceiros assumem seus bens.

Neste sentido, a constatação da insolvência do executado no processo de execução desencadeia uma série de consequências processuais previstas no Código de Processo Civil brasileiro. Inicialmente, ocorre a suspensão da execução, conforme estabelecido no artigo 921, inciso III. Subsequentemente, inicia-se a contagem do prazo para a prescrição intercorrente, regulamentada nos parágrafos 3º a 7º do mesmo artigo. Este processo pode culminar na extinção da execução, como disposto

¹⁷³ LIMA, Rafael de Oliveira. *A atipicidade dos meios executivos no código de processo civil brasileiro de 2015*. Revista de Processo,

Jurisdição e Efetividade da Justiça, v. 2, n. 2. 2016, p. 266.

no artigo 924, inciso V. Analisando sob uma perspectiva mais ampla do sistema judiciário, esse desfecho permite uma alocação mais eficiente dos recursos judiciais, direcionando-os para execuções com maior probabilidade de êxito. Contudo, ao examinarmos o caso individual, a extinção de uma execução devido à ausência de bens penhoráveis, seguida pelo decurso do prazo prescricional, pode ser interpretada como uma falha na promessa constitucional de acesso à justiça, prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Ademais, tal situação parece contrariar a garantia estabelecida no artigo 4º do CPC, que assegura uma tutela jurisdicional efetiva, incluindo a atividade satisfativa, a ser prestada em tempo razoável¹⁷⁴.

Certo é que um processo moroso e ineficiente, podem gerar uma descrença no sistema jurisdicional e denotar um sentimento de insegurança de que os pleitos confiados ao Estado sejam satisfeitos, o que podem enfraquecer a própria imagem do Poder Judiciário.

3. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: MEDIDAS ATÍPICAS DE EXECUÇÃO

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que promulgou o atual Código de Processo Civil, como já aduzido no presente artigo, fruto de uma

harmonização com outros países, inspirado precipuamente no Código de Processo Civil Português de 2013 consagrou no ordenamento pátrio, os princípios já aduzidos no presente trabalho, a fim de que o processo não fosse um fim em si mesmo, mas que este servisse de fato como um instrumento efetivo para uma maior satisfação daqueles que confiavam ao Poder Jurisdicional, pleitos que somente o Estado poderia garantir.

E, consubstanciado neste espírito de cooperação de todas as partes envolvidas da relação processual para trazer à existência uma justiça efetiva, pronta e célere, no que tange à tutela executiva, a principal inovação trazida pela *novel legis* foi o artigo 139, que em suma, ao tratar dos poderes, deveres e da responsabilidade do Juiz, fez do Magistrado um gestor do processo. E no inciso IV, possibilitou que este adotasse medidas atípicas, ou seja, que não restariam previstas na legislação, mas que tomadas em consonância com os demais princípios e garantias processuais, servem como medidas para tornar o processo mais eficiente, garantindo assim, uma duração razoável do processo.

3.1 DAS MEDIDAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO

Dentre as ferramentas mais conhecidas e utilizadas pelo Poder Judiciário para que trazer ao devedor

¹⁷⁴ HILL, Flávia Pereira; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Produção antecipada de provas para localização de bens previamente ao ajuizamento da execução por quantia: uma*

proposta de reforma legislativa. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 23, n. 2, 2022. p. 1440-1441.

uma coação para que este satisfaça o crédito são: i) astreintes, que consistem em multas diárias acrescidas ao valor da condenação; ii) a penhora online (BacenJud), que permite o bloqueio de contas bancárias; iii) o Renajud, que possibilita restrições judiciais sobre veículos; iv) o InfoJud, que agiliza a obtenção de informações cadastrais; v) o sistema Arisp, que facilita o acesso a matrículas de imóveis; vi) a inscrição em órgãos de proteção ao crédito; vii) a penhora de cotas sociais de empresas; viii) a penhora no rosto dos autos; ix) a desconsideração da personalidade jurídica¹⁷⁵.

Ora, o poder judiciário tem a obrigação de efetivar a prestação reconhecida em um título executivo, não podendo se eximir dessa responsabilidade sob a justificativa de não conseguir superar a resistência do devedor. Nesse contexto, destaca-se a importância prática do princípio da atipicidade dos meios executórios, que permite ao judiciário utilizar diversos métodos para garantir o cumprimento das obrigações estabelecidas.

Dentre as medidas atípicas de maior repercussão em nossos julgados, residem na possibilidade de o juiz suspender a carteira nacional de habilitação (CNH), suspender o passaporte, bem como determinar o

bloqueio ou o cancelamento dos cartões de crédito do devedor. Todavia, não há dentre tais medidas uma pacificação jurisprudencial (muito em razão da análise da menor onerosidade, razoabilidade, necessidade, adequação e proporcionalidade no caso concreto).

E com relação às decisões judiciais, antes de abordar os requisitos necessários, destaca-se a importância da fundamentação na decisão que determina a aplicação de uma medida atípica. O pronunciamento judicial, por sua natureza decisória, deve ser fundamentado conforme os requisitos estabelecidos no artigo 189, §1º do CPC. A ausência de uma norma legal específica que regule o cabimento e a forma de aplicação de medidas executórias atípicas aumenta a complexidade da fundamentação, pois transfere ao juiz a responsabilidade de detalhar os motivos da decisão. Essa fundamentação deve explicitar as razões para a escolha da medida específica, considerando as particularidades do caso concreto. Uma fundamentação genérica, que apenas mencione a necessidade de cumprimento da obrigação e que poderia justificar qualquer outra decisão, não é suficiente¹⁷⁶.

¹⁷⁵ FRANCISCO, Karla Dias; SILVA, Ivan de Oliveira. *Execução civil: o uso de medidas atípicas para a satisfação da dívida exequenda (suspensão de cnh, passaporte e bloqueio de cartão de crédito)*. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas**, v. 3, n. 1, 19 jun. 2019. Disponível em:

<https://revistas.brazcubas.br/index.php/revdubc/article/view/610>. Acesso em: 31 jul. 2024.

¹⁷⁶ ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. *Fundamentos e parâmetros para utilização de medidas executórias atípicas*. **Revista ANNEP de Direito Processual**, v. 1, n. 1, p. 20-31, 2020. Disponível em:

É inegável que a implementação de tais medidas acarreta uma miríade de benefícios para o ordenamento jurídico, proporcionando um incremento significativo na efetividade e celeridade dos trâmites processuais, além de fomentar um ambiente propício à criatividade e inovação no âmbito da atuação judicial. Não obstante, faz-se mister salientar que, concomitantemente aos aspectos positivos, emergem potenciais riscos de excessos e arbitrariedades, os quais podem culminar em um cenário de instabilidade e insegurança jurídica.

Conclui-se, portanto, que mesmo com os esforços dos legisladores, e o advento do artigo 139, IV do CPC/2015, tal ferramenta, por si, também não se mostrou capaz de solucionar a problemática proposta no presente trabalho, ou seja, como respeitar os princípios processuais constitucionais da duração razoável do processo (e efetividade), enquanto, ainda existe notória crise na execução civil, haja visto os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2024.

3.2 DESJUDICIALIZAÇÃO COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA A CRISE NA EXECUÇÃO CIVIL À LUZ DO EXEMPLO DAS REFORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS.

A atividade jurisdicional no Brasil é vinculada à estrutura estatal,

manifestando-se primordialmente na figura do magistrado e configurando-se como uma espécie de monopólio do Estado, nesse contexto, todas as demandas judiciais encontram sob a égide exclusiva de um juízo competente.

Entretanto, observa-se uma paulatina transformação no pensamento jurídico, fundamentada justamente na falta da plena efetividade do processo, gerando a percepção de que o aparato estatal não mais comporta a responsabilidade monopolística na condução dos processos.

Esta mudança paradigmática propiciou o compartilhamento da tutela jurisdicional com outros atores, rompendo com a hegemonia estatal até então vigente. Tal fenômeno reflete uma evolução na compreensão do papel do Judiciário e sua interação com a sociedade, evidenciando a necessidade de adaptação do sistema jurídico às complexidades e demandas contemporâneas. Daí a justificativa para o fenômeno da desjudicialização como possibilidade de trazer luz aos problemas enfrentados pelo Judiciário pátrio, principalmente no que tange às execuções infrutíferas.

Assim como no Brasil, até o ano de 2003, Portugal também mantinha a concentração das atividades executivas na figura do Juiz, que exercida o total controle da execução e todas as diligências eram realizadas

<www.researchgate.net/profile/Nilsiton-Rodrigues-De-Andrade-Aragao/publication/343799268_Fundamentos_e_parametros_para_utilizacao_de_medidas_executorias_atipicas/links/619f9df4d7d1af224

b241431/Fundamentos-e-parametros-para-utilizacao-de-medidas-executorias-atipicas.pdf> Acesso em 15 jul. 2024. p. 23

pelos servidores do Poder Judiciário, e de maneira consequente, obtendo os mesmos resultados experimentados em nosso país (grande congestionamento, morosidade e ineficiência do serviço prestado pelo Estado).

Ao longo das últimas décadas, Portugal enfrentou o desafio de desjudicializar a execução civil, implementando três significativas reformas legislativas para atingir resultados satisfatórios. A primeira delas, concretizada pelo Decreto-Lei nº 38/2003, promoveu uma transformação no processo executivo português, introduzindo uma desjudicialização parcial, a criação de registros informatizados e a simplificação dos procedimentos. Esta reforma marcou a transição de um modelo público judicializado para um sistema privado, inspirado na execução francesa. As principais medidas adotadas incluíram a delegação de competências aos agentes de execução para tarefas anteriormente atribuídas aos cartórios judiciais e aos juízes, desde que não envolvessem o exercício estrito do poder jurisdicional. Assim, o

magistrado passou a intervir apenas em situações de litígio entre as partes, permitindo-lhe concentrar-se em sua função primordial de julgar. Esta abordagem inovadora visava não apenas agilizar os processos, mas também otimizar a atuação do Poder Judiciário, representando um marco significativo na evolução do sistema jurídico português¹⁷⁷.

Algumas das novidades da legislação lusitana foi a implementação de um sistema eletrônico com o propósito do registro e acompanhamento das execuções, bem como a criação de uma lista pública contendo informações sobre as execuções em andamento.

Um avanço significativo no sistema jurídico foi a implementação do Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo (PEPEX), estabelecido pela Lei nº 32/2014 (PORTUGAL, 2014). Este mecanismo inovador permite ao credor, munido de um título executivo, realizar uma avaliação prévia dos bens penhoráveis do devedor por meio de uma consulta abrangente. A amplitude da base de dados consultada é notável, englobando informações da administração tributária, segurança

¹⁷⁷ ASSIS, Carolina Azevedo. *Desjudicialização a execução civil: um diálogo com o modelo português*. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. RIBEIRO, Flávia Pereira. *Reflexões sobre a Desjudicialização da Execução Civil*. Curitiba: Juruá, p. 75-104, 2020. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/68092062/POR_AO_MENOS_UM_PROCEDIMENTO_PRE-libre.pdf?1626285941=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DDESDJUDICIALIZACAO_DA_EXECUCAO_CIVIL_UM_D.pdf&Expires=1750873755&Signature=WWSidEF0>

PkFS09JYOE5N2ifvk8FjXlGkWuSM44jxTzjDIZ4DUYpFHHIMlTSIhAzPJ3I6bXgiE--TkVwM50PsqjJfJoNHBaRYoS8b3hb0G78klxA1TmMjeCjNamDmHm9nk63VydP-erS6Rdy1KVSENQN0wjNZN~zpcD73Zg7ISPym5uoZ~fj7QYA7YY7lUdMyMfHVNcoPVYUURofhHtm6D7MiWgLn8BnKpka~FOPzEV-PlhnqYTWHDf38G5D6lLzKK4Wlzmis30~wi6EGjgufla~Bx1RflbJe1fCBxdy760~FE0JqNDQqbo~YMR96cs8IA7X4t4xLrGTmFtt0W1U3g_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA>. Acesso em 05 ago. 2024.

social, registro comercial e registro de veículos, entre outras fontes. Após a realização da consulta, o procedimento pode ser convertido em processo de execução ou arquivado, seja por quitação da dívida ou pela não identificação de bens penhoráveis. Nesta última hipótese, o credor tem a faculdade de solicitar novas consultas dentro de um prazo trienal, proporcionando uma flexibilidade adicional ao processo¹⁷⁸.

Finalmente, criou-se também uma nova profissão naquele país, os agentes de execução, tratando-se destes, de profissionais liberais detentores de formação jurídica, que conduz a execução com independência, possuindo atribuições que aliviam a carga de trabalho do Poder Judiciário.

Tais exemplos trazem valiosas lições para o nosso sistema de execução. Devendo obviamente adaptar tais medidas de modo a atender a nossa realidade e princípios processuais.

Ao analisar as recentes iniciativas brasileiras, cumpre citar a Lei nº 13.606, de 9 de janeiro, bem como a edição da Portaria da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional sob o nº 33, de 8 de fevereiro, ambos de 2018, que em suma preveem normas que introduziram uma busca prévia de bens em execuções fiscais,

permitindo uma maior eficiência na localização de ativos.

Doutro prisma, o Projeto de Lei nº 4.257/2019, que ainda está sob a tramitação no Senado Federal, pretendendo modificar a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica, e em suma propõe a criação do agente de execução, sendo este os tabeliões de protestos. Tal projeto é objeto de várias críticas, principalmente quanto à capacidade dos tabelionatos de assumir essa função, seja por incapacidade estrutural ou mesmo de recursos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo propôs-se a examinar a crise na execução civil brasileira, com enfoque específico no princípio constitucional da duração razoável do processo, buscando compreender os desafios enfrentados e as possíveis soluções para tornar a tutela executiva mais efetiva e célere.

A análise realizada evidenciou que, apesar dos esforços legislativos e das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, persiste um cenário de morosidade e ineficácia na fase executiva dos processos judiciais. Os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2024

¹⁷⁸ WERNECK, Ana Carla et al. *A administração da justiça nas ações executivas cíveis em Portugal como uma possibilidade de melhoria para os índices de desempenho do judiciário brasileiro*. Lex Humana (ISSN 2175-0947), v. 16, n. 1, p. 614-640, 2024.

Disponível em:
<<https://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/2943/3759>> Acesso em: 15 jul. 2024.

corroboram esta constatação, revelando um acúmulo significativo de processos em fase de execução e taxas de congestionamento alarmantes, especialmente no que tange às execuções fiscais.

Um dos pontos cruciais identificados refere-se à dificuldade na localização de bens do devedor, seja pela sua inexistência real ou por práticas fraudulentas. Este obstáculo, somado à ineficácia das medidas tipificadas de coerção executiva, contribui substancialmente para a perpetuação da crise na execução civil. A introdução das medidas atípicas de execução pelo artigo 139, IV do CPC/2015, embora represente um avanço, não se mostrou suficiente para solucionar integralmente a problemática.

Neste contexto, o estudo voltou-se para a análise comparativa com o sistema português, que enfrentou desafios similares e implementou reformas significativas em seu processo executivo. A experiência lusitana, marcada pela desjudicialização parcial da execução, a criação de registros informatizados e a simplificação de procedimentos, oferece valiosas lições para o aprimoramento do sistema brasileiro.

A implementação do Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo (PEPEX) em Portugal emerge como um modelo particularmente interessante, permitindo uma avaliação prévia e abrangente dos bens penhoráveis do devedor. Esta abordagem não apenas otimiza o processo executivo, mas também previne a instauração de execuções

infrutíferas, contribuindo para a desoneração do Poder Judiciário.

No cenário brasileiro, observam-se iniciativas promissoras, como a Lei nº 13.606/2018 e a Portaria PGFN nº 33/2018, que introduziram mecanismos de busca prévia de bens em execuções fiscais. Ademais, o Projeto de Lei nº 4.257/2019, ainda em tramitação, propõe a criação da figura do agente de execução, inspirado no modelo português, embora sua implementação suscite debates quanto à capacidade estrutural e humana para assumir tal função.

Conclui-se, portanto, que a superação da crise na execução civil brasileira demanda uma abordagem multifacetada. É imperativo que se promova uma reflexão profunda sobre a estrutura atual do processo executivo, considerando a possibilidade de uma desjudicialização parcial, a implementação de sistemas informatizados mais eficientes e a criação de mecanismos que permitam uma avaliação prévia da viabilidade das execuções.

A experiência portuguesa demonstra que é possível alcançar resultados significativos na efetividade e celeridade processual através de reformas estruturais bem planejadas. Contudo, é fundamental que qualquer adaptação ao contexto brasileiro seja realizada com cautela, respeitando as particularidades do nosso ordenamento jurídico e os princípios constitucionais que regem o processo civil.

Por fim, ressalta-se que a busca pela efetividade da tutela executiva

não deve se limitar a alterações legislativas. É crucial promover uma mudança cultural no âmbito jurídico, fomentando a cooperação entre as partes processuais e incentivando práticas que privilegiem a satisfação do crédito de forma eficiente e justa. Somente através de um esforço conjunto entre legisladores, operadores do direito e a sociedade será possível construir um sistema de execução civil que atenda verdadeiramente aos princípios da duração razoável do processo e da efetividade, garantindo assim uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz para todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Renata Balthazar Pereira. *A imposição da construção extrajudicial do consenso como forma de racionalizar o acesso à justiça: violação de direitos humanos?*. In: Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra. 2023. Disponível em: <https://www.trabalhoscidhcoimbra.com/ojs/index.php/anaiscidhcoimbra/article/view/2910> Acesso em 15 jul. 2024.
- ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. *Fundamentos e parâmetros para utilização de medidas executórias atípicas*. Revista ANNEP de Direito Processual, v. 1, n. 1, p. 20-31, 2020. Disponível em: www.researchgate.net/profile/Nilsiton-Rodrigues-De-Andrade-Aragao/publication/343799268_Fundamentos_e_parametros_para_utilizacao_de_medidas_executorias_atipicas/links/619f9df4d7d1af224b241431/Fundamentos-e-parametros-para-utilizacao-de-medidas-executorias-atipicas.pdf Acesso em 15 jul. 2024.
- AREDE, Hélder da Silva. *Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo (PEPEX) o mecanismo necessário para a eficácia da ação executiva*. Dissertação de Mestrado. Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/80518450> Acesso em 15 jul. 2024.
- ASSIS, Carolina Azevedo. *Desjudicialização a execução civil: um diálogo com o modelo português*. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. RIBEIRO, Flávia Pereira. Reflexões sobre a Desjudicialização da Execução Civil. Curitiba: Juruá, p. 75-104, 2020. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/68092062/POR_AO_MENOS_UM_PROCEDIMENTO_PRE-libre.pdf?1626285941=&responsed-content-disposition=inline%3B+filename%3DDESJUDICILAIZACAO_DA_EXECUCAO_CIVIL_UM_D.pdf&Expires=1750873755&Signature=WWSidEF0PkFS09JYOE5N2ifvk8FjXlGkWuSM44jxTzjDIZ4DUYpFHHIMlTSIhAzPJ3l6bXgiE--TkVwM50PsqjfJoNHBaRYoS8b3hb0G78klxA1TmMjeCjNamDmHm

9nk63VydP-
erS6Rdy1KVSENQN0wjNZN~zpc
D73Zg7ISPym5uoZ~fj7QYA7YY7L
UdMyMfHVNcoPVYUURofhHtm6
D7MiWgLn8BnKpka~FOPzEV-
PIhnqYTWHDf38G5D6lLzKK4Wlz
mis30~wi6EGjgufla~Bx1RfllbJe1f
CBxdy760~FE0JqNDQqbo~YMR9
6cs8IA7X4t4xLrGTmFtt0W1U3g__
&Key-Pair-
Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA>
Acesso em 05 ago. 2024.

BRASIL. [Constituição
(1988)]. Constituição da
República Federativa do Brasil de
1988. Brasília, DF: Presidente da
República, 2016.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de
novembro de 1992. *Promulga a
Convenção Americana sobre
Direitos Humanos* (Pacto de São
José da Costa Rica), de 22 de
novembro de 1969. Disponível
em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>
Acesso em: 27 jul. 2024

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito
processual civil: introdução ao
direito processual civil, parte
geral e processo de
conhecimento* - 21. ed. -
Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES,
Bruno Vasconcelos Carrilho.
*Teoria geral do novo processo
civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros,
2017

FERRAZ, Taís Schilling. *A litigiosidade
como fenômeno complexo:
quanto mais se empurra, mais o
sistema empurra de volta*. Revista
Jurídica da Presidência, v. 25, n.

135, p. 163-191, 2023. Disponível
em:

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2847>. Acesso em 20 jul. 2024.

FRANCISCO, Karla Dias; SILVA, Ivan de
Oliveira. *Execução civil: o uso de
medidas atípicas para a
satisfação da dívida exequenda
(suspensão de cnh, passaporte e
bloqueio de cartão de
crédito)*. Revista do Curso de
Direito do Centro Universitário
Brazcubas, v. 3, n. 1, 19 jun. 2019.
Disponível em:
<<https://revistas.brazcubas.br/index.php/revdubc/article/view/610>>. Acesso em: 31 jul. 2024.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca.
*Convenções processuais atípicas
na execução civil*. Revista
Eletrônica de Direito
Processual, [S. l.], v. 22, n. 1,
2020. DOI:
10.12957/redp.2021.56700.
Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/56700>. Acesso em: 27 jul. 2024.

HILL, Flávia Pereira; SICA, Heitor Vitor
Mendonça. *Produção antecipada
de provas para localização de
bens previamente ao ajuizamento
da execução por quantia: uma
proposta de reforma
legislativa*. Revista Eletrônica de
Direito Processual, v. 23, n. 2,
2022.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE
UNIFICATION OF PRIVATE LAW,
*Study LXXVI principles of
transnational civil procedure*. NS

- vol 9. 2004. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=3-_1ND1vMxOC&oi=fnd&pg=PR23&dq=INTERNATIONAL+INSTITUTE+FOR+THE+UNIFICATION+OF+PRIVATE+LAW,+Study+LXXVI+principles+of+transnational+civil+procedure.+NS+vol+9.+2004&ots=81JGiCyNBF&sig=2wT1S_3tH8Ga1aTScNpffxUbHlQ#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 01/08/2024
- JUSTIÇA EM NÚMEROS. Conselho Nacional de Justiça-Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/04/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em 20 jul.2024
- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos como paradigma para a concretização do conceito de razoável duração do processo*. Revista Direito Federal, ed, v. 95. Disponível em: <<https://www.ajufe.org.br/images/bkp/ajufe/arquivos/downloads/frederico-augusto-leopoldino-koehler-a-jurisprudencia-da-corte-europeia-de-direitos-humanos-como-paradigma-para-a-concretizacao-do-conceito-de-razovel-durao-do-processo-410151512.pdf>> Acesso em 20 jul.2024. p.112-113
- LIMA, Rafael de Oliveira. *A atipicidade dos meios executivos no código de processo civil brasileiro de 2015*. Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, v. 2, n. 2, p. 261-282, 2016.
- MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; FREITAS, Frederico Oliveira. *A morosidade do poder judiciário e sua interferência nas relações contratuais*. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 23, n. 3, p. 701-711, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/10707/7505>. Acesso em 31 jul. 2024.
- MEDEIROS, Pablo Diego Veras et al. *Inadimplência de obrigação alimentícia e medidas atípicas na execução civil*. 2021. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/1393> Acesso em: 31 jul. 2024
- MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; BARBOSA, Luiza Nogueira. *O processo civil internacional no cpc/2015 e os princípios ali/unidroit do processo civil transnacional: uma análise de consonância da harmonização processual*. Revista Eletrônica de Direito Processual, [S. l.], v. 19, n. 2, 2018. DOI: 10.12957/redp.2018.36491. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/36491>. Acesso em: 30 jul. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. (1948). Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2025-03/ONU_DireitosHumanos_DUD

- H_UNICRio_20250310.pdf>
Acesso em 27 jul. 2024
- NETO, Olavo de Oliveira; NETO, Elias Marques de Medeiros; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil: Volume 1: parte geral (Lei nº 13.105/15 – Novo CPC)*. São Paulo: Verbatim, 2015.
- NETO, Olavo de Oliveira; NETO, Elias Marques de Medeiros; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil: Volume 3: tutela executiva e tutela recursal*. São Paulo: Verbatim, 2018.
- PORTUGAL. Lei nº 32/2014, de 30 de maio. *Aprova o procedimento extrajudicial pré-executivo*. Diário da República, 1ª Série, 104: 3003-3010. Disponível em: <https://files.dre.pt/1s/2014/05/10400/0300303010.pdf>. Acesso em 20 jul. 2024.
- RODRIGUES, Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon. *O procedimento extrajudicial pre-executivo lusitano (PEPEX): algumas licoes para o sistema brasileiro*. In: Revista de processo. 2018. p. 455-471. Disponível em: https://www.academia.edu/37401110/O_PROCEDIMENTO_EXTRAJUDICIAL_PR%C3%89_EXECUTIVO_LUSITANO_PEPEX_ALGUMAS_LI%C3%87%C3%95ES_PARA_O_SISTEMA_BRASILEIRO> Acesso em 31 jul. 2024.
- ROSA, Danilo Ruiz Fernandes. *Desjudicialização das execuções fiscais como mecanismo de descongestionamento do poder judiciário*. Dissertação de Mestrado – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, São Paulo, 2023. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/http://52.186.153.119/bitstream/123456789/4900/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_DANILO%20RUIZ%20FERNANDES%20ROSA_Mestrado_2023.pdf Acesso em 15 jul. 2024.
- SANTOS, Marco Antonio de Souza. *Medidas atípicas de coerção executiva*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, [S.l.], v. 22, n. 43, p. 47-71, dez. 2018. ISSN 2177-8337. Disponível em: <http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/77>>. Acesso em: 27 jul. 2024. doi: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v22n43p47-71>.
- SILVA, Juliano Santana. *O princípio da razoável duração do processo e as perspectivas do novo cpc em relação à esse direito fundamental*. 2015. 134 p. Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento — Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucgoias.edu.br/handle/tede/2742>. Acesso em: 27 jul. 2024.
- WERNECK, Ana Carla et al. *A administração da justiça nas ações executivas cíveis em Portugal como uma possibilidade de melhoramento para os índices de desempenho do judiciário brasileiro*. Lex Humana (ISSN

2175-0947), v. 16, n. 1, p. 614-640, 2024. Disponível em:
<<https://seer.ucp.br/seer/index.p>

[hp/LexHumana/article/view/2943/3759](http://LexHumana/article/view/2943/3759)> Acesso em: 15 jul. 2024.

A EFETIVIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO SOB A ÓTICA DOS JUÍZES^{179 180}

THE EFFECTIVENESS OF THE PRELIMINARY CONCILIATION OR MEDIATION HEARING FROM THE PERSPECTIVE OF JUDGES

Felippe Borring Rocha

Mestre em Direito (UNESA), Doutor em Sociologia e Direito (UFF) e Pós-Doutor em Direito Processual Civil (UFES). Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UFRJ. Membro do LEMASC-FND/UFRJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro/RJ, Brasil. fborring@gmail.com. E-mail: fborring@gmail.com

Marcia Cristina Xavier De Souza

Mestre e Doutora em Direito (UGF). Professora Associada de Direito Processual Civil da FND/UFRJ. Coordenadora-líder do LEMASC-FND/UFRJ. Rio de Janeiro/RJ, Brasil. E-mail: mcxs@uol.com.br

RESUMO: A instituição de um ato processual que permitisse a solução consensual de conflitos jurídicos é desafio antigo para o Poder Judiciário. Assim, o objetivo da presente pesquisa foi avaliar, a partir das construções doutrinárias e jurisprudenciais desenvolvidas sobre o tema, bem como das informações obtidas junto às serventias judiciais e aos sistemas processuais informatizados ao longo do ano de 2021, qual a percepção dos magistrados em atuação perante os órgãos não criminais do Fórum Regional de Jacarepaguá, integrante da Comarca da Capital do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, sobre a realização da audiência preliminar de conciliação ou mediação prevista no artigo 334 do Código de

Processo Civil. A proposta geral do estudo era tentar demonstrar, ainda que dentro de um recorte muito restrito e específico, como as regras referentes à realização da referida audiência estavam sendo aplicadas para fazer uma comparação com a visão que os magistrados atuantes naquele campo pesquisado tinham sobre o assunto. Inicialmente, fez-se um rápido resumo das diferentes motivações que levaram à criação/instituição de tal instituto. A partir dessa perspectiva teórica, foram feitos levantamentos junto às Varas Cíveis e às Vara de Família do Foro Regional de Jacarepaguá, através de dados obtidos no Departamento de Informações Gerenciais da Prestação Jurisdicional – DEIGE/PJERJ e na Diretoria-Geral de Estatística e Apoio à

¹⁷⁹ Pesquisa aprovada por unanimidade pela egrégia Congregação da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ, em reunião realizada no dia 26 de outubro de 2022, com base no parecer da Coordenação de Pesquisa (Processo SEI/UFRJ nº 23079.241252/2022-01).

¹⁸⁰ Artigo recebido em 24/11/2023 e aprovado em 17/06/2025.

Jurisdição – DGJUR/PJERJ do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, e, posteriormente, aferidos junto às serventias pesquisadas. Em seguida, para fins de avaliação qualitativa, foram feitas entrevistas com os magistrados em atuação perante a mesma Regional, que tiveram suas respostas divulgadas de forma anônima. Também foram colhidas informações pertinentes às entrevistas com serventuários dos cartórios abrangidos pela pesquisa, também realizadas sob a garantia do anonimato. Por fim, foram apresentadas algumas conclusões sobre as informações colhidas e formuladas sugestões visando contribuir para o aprimoramento da realização da audiência preliminar de conciliação ou mediação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil; audiência de conciliação ou mediação; efetividade; pesquisa; magistratura.

ABSTRACT: The institution of a procedural act that would allow the consensual resolution of legal conflicts is an old challenge for the Judiciary. Thus, the objective of this research was to evaluate, based on the doctrinal and case law constructions developed on the topic, as well as the information obtained from judicial services and computerized procedural systems throughout the year 2021, what the perception of the magistrates in action on the non-criminal courts of the Regional Forum of Jacarepaguá, part of the Capital's District of the Rio de Janeiro State Court, about the

preliminary conciliation or mediation hearing provided for in article 334 of the Code of Civil Procedure. The general purpose of the study was to try to demonstrate, albeit within a very restricted and specific scope, how the rules of the mentioned hearing were being applied to compare with the view that the magistrates working in that field researched had on the subject. Initially, a quick summary was made of the different motivations that led to the creation/institution of such an institute. From this theoretical perspective, surveys were carried out in the Civil Courts and Family Courts of the Regional District of Jacarepaguá, using data obtained from the Department of Management Information for Jurisdictional Provision – DEIGE/PJERJ and the General Directorate of Statistics and Support to Jurisdiction – DGJUR /PJERJ of the Rio de Janeiro State Court, and subsequently verified with the researched courts. Then, for the purposes of qualitative assessment, interviews were carried out with the magistrates working before the same Regional District, whose responses were under the guarantee of anonymity. Information relevant to interviews with clerks at the courts covered by the research was also collected. Finally, some conclusions were presented on the information collected and suggestions were made for improving the conduct of the preliminary conciliation or mediation hearing.

KEYWORDS: Civil procedural law; conciliation or mediation hearing; effectiveness; research; magistracy.

INTRODUÇÃO

Uma das “novidades”¹⁸¹ apresentadas pelo Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, dentro da reformulação operada no procedimento comum, foi previsão de uma “audiência de conciliação e

mediação” (art. 334), quase que obrigatoriamente instalada no início da fase postulatória, apelada pela doutrina de “audiência preliminar”¹⁸² ou “audiência prévia”.¹⁸³

O objetivo principal da alteração, além de incluir a mediação como opção de técnica de autocomposição, era posicionar a

¹⁸¹ Apesar de inovadora, comparando-a com os modelos adotados pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, a previsão de uma audiência de conciliação antes da contestação já existia no âmbito processual civil brasileiro desde 1984, instalada no procedimento dos Juizados de Pequenas Causas (art. 17 da Lei nº 7.244/1984). A mesma disposição foi mantida pelo art. 16 da Lei nº 9.099/1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em substituição à Lei dos Juizados de Pequenas Causas. Sobre o tema, veja-se ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Teoria e Prática**, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2022, p. 166-177. Ademais, sempre oportuno lembra que o texto considerado como o primeiro regulamento processual civil brasileiro, o Decreto nº 737/1850, que tratava das ações sobre direito comercial, previa a realização de uma audiência de conciliação no início do procedimento, caso as partes não tivessem tentado buscar uma composição do conflito na fase pré-processual. *In verbis*: “Art. 23. Nenhuma causa commercial será proposta em Juizo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento voluntario das partes”. Sobre o tema, veja-se GUEDES, Jefferson Carús. *Procedimento por audiências e princípio da oralidade nos Juizados Especiais Federais*. In: GUEDES, Jefferson Carús (coord.). **Juizados Especiais Federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 257.

¹⁸² Chamam a audiência prevista no art. 334 do CPC/2015 de “audiência preliminar”, dentre outros, THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 63ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 673,

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 18ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 631, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil*. In: **Revista de Processo**. Vol. 253, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2016, p. 169, e MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A atuação do juiz na direção do processo*. In: FUX, Luiz (coord.). **O Novo Processo Civil Brasileiro (Direito em Expectativa)**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 179. Alguns autores, no entanto, refutam a utilização de tal nomenclatura, por conta das diferenças existentes entre a audiência prevista no art. 334 do CPC/2015 e audiência preliminar constante do art. 331 do CPC/1973. Neste sentido, vejam-se, por todos, RODRIGUES, Daniel Colnago. *Comentários ao art. 334*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRMARE, Ronaldo (coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 2016, p. 530, e WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A eliminação da audiência preliminar no projeto do novo Código de Processo Civil*. In: **Novo CPC: Reflexões e Perspectivas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 219.

¹⁸³ Nesse sentido, vejam-se GEVARTOSKY, Hannah. *A realização de audiência de mediação/conciliação initio litis no novo Código de Processo Civil*. In: **Revista de Processo**. Vol. 260, São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2016, p. 421, e LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Desafios do artigo 334 do CPC/2015*. In: **Revista de Processo**. Vol. 303, São Paulo: Revista dos Tribunais, mai. 2020, p. 506.

audiência preliminar para o momento anterior ao oferecimento da contestação, para privilegiar a busca pela solução consensual do conflito, como já ocorria em outros países. A proposta, entretanto, não recebeu o apoio da maior parte da comunidade acadêmica e, com o início da vigência do CPC/2015, foi sendo gradativamente alijada pelas partes e pelos juízes da estrutura real de funcionamento do rito comum.

A proposta do presente estudo, portanto, é analisar os elementos que fundamentaram a construção legislativa da audiência preliminar no CPC/2015 e verificar quais fatores levaram à sua rejeição teórica. Buscou-se, também, verificar qual a posição da jurisprudência, notadamente do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sobre a matéria.

Além disso, para dar concretude aos estudos teóricos realizados, a partir de entrevistas de campo conduzidas pelo Laboratório de Estudos em Meios Adequados de Solução dos Conflitos da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – LEMASC/FND-UFRJ, buscou-se avaliar qual a percepção dos magistrados integrantes do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro sobre a realização da audiência preliminar, à luz das informações obtidas junto às serventias judiciais e aos sistemas processuais informatizados. As questões que foram originalmente propostas para a realização da presente pesquisa podem ser resumidas da seguinte forma:

1) A audiência preliminar está sendo marcada nos processos ajuizados entre 01 de janeiro de 2021 e 31 de dezembro de 2021? Qual o percentual?

2) Nos processos em que a audiência preliminar está sendo marcada, quantas vezes ela é desmarcada, em decorrência da “dupla negativa” prevista no art. 334, § 4º, I, do CPC?

3) Nos processos em que a audiência preliminar está sendo marcada e realizada, quantas vezes ela é capaz de produzir um acordo entre as partes, total ou parcial?

4) Nos processos em que a audiência preliminar está sendo marcada e realizada, quantas vezes ela adota a técnica da mediação para promover a solução consensual do conflito (ainda que aplicada após a utilização da técnica da conciliação)?

5) Nos processos em que a audiência preliminar está sendo marcada e realizada, quantas vezes as partes são multadas quando deixam de comparecer sem apresentar justificativa (art. 334, § 8º)?

Para tanto, foram feitos levantamentos junto às Varas Cíveis e nas Vara de Família do Foro Regional de Jacarepaguá, integrante da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Em seguida, foram feitas entrevistas com os magistrados em atuação perante a mesma Regional, que tiveram suas respostas anonimizadas. Também foram colhidas informações pertinentes às entrevistas com serventuários dos cartórios abrangidos pela pesquisa.

Para a entrevista pessoal e presencial com os magistrados, realizada exclusivamente pelos alunos pesquisadores, foi montado um formulário padrão, conforme Anexo 1. As respostas e os dados colhidos foram compilados, de modo a apresentar uma visão geral sobre a temática objeto da pesquisa.

Parte das questões originalmente propostas, entretanto, não puderam ser apuradas em razão da falta de dados disponíveis nos cartórios pesquisados e no banco de dados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Em relação ao período pesquisado, os cartórios não tinham registro do número de audiências preliminares que foram desmarcadas em decorrência da “dupla negativa”, do número de acordos totais ou parciais que foram celebrados nas audiências preliminares realizadas e do número de vezes em que as partes foram multadas quando deixaram de comparecer sem apresentar justificativa.

1. A AUDIÊNCIA PRELIMINAR

De acordo com o regramento contido no art. 334 do CPC/2015, dentro da estrutura do rito comum, ao receber a petição inicial, não sendo caso de emenda, complementação (art. 321 do CPC/2015), indeferimento (art. 330 do CPC/2015) ou improcedência liminar (art. 332 do CPC/2015), o juiz deverá determinar a citação do réu para comparecer na data marcada para a realização da audiência preliminar, salvo se o direito em discussão não admitir a autocomposição.

Trata-se de uma mudança significativa, comparando-se com o regime anterior. De fato, no CPC/1973, com a redação dada pela Lei nº 10.444/2002, o procedimento comum, então nominado de “ordinário” (art. 272), previa a realização de uma “audiência preliminar” na etapa final da fase postulatória,¹⁸⁴ logo após as “providências preliminares” (art. 331).¹⁸⁵ Nesta audiência, além da tentativa de composição do litígio,

¹⁸⁴ De acordo com WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 202, a modificação introduzida pela Lei nº 10.444/2002 no art. 331 do CPC/1973 teve por inspiração o Código de Processo Civil Modelo para a América Latina. Sobre o movimento latino-americano de inclusão da audiência de preliminar na estrutura dos procedimentos comuns, veja-se DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 114.

¹⁸⁵ Na redação original do art. 331 do CPC/1973, a audiência era chamada de “audiência de conciliação” e sua realização era considerada como “obrigatória” e “indispensável”. Sobre o tema, veja-se BERMUDEZ, Sergio. **A Reforma do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 44. Com a Reforma operada pela Lei nº 10.444/2002, incluindo um § 3º ao art. 331, no entanto, a realização da “audiência preliminar” deixou de ser obrigatória, se é que algum dia efetivamente tenha sido: “§ 3º. Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção

cabia ao juiz realizar a segunda etapa da atividade saneatória. De fato, além das “providências preliminares” (arts. 323 a 328), que eram realizadas para sanear o feito antes da realização da audiência, o art. 331, § 2º, do CPC/1973, com a redação dada pela Lei nº 8.952/1994, dispunha que, se “por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”.¹⁸⁶

A audiência preliminar prevista no art. 334 do CPC/2015, por seu turno, não tem função saneadora, mas apenas autocompositiva. O principal objetivo de sua colocação

antes da contestação, de acordo com seus defensores, foi o de privilegiar a busca pela solução consensual do conflito,¹⁸⁷ por meio da adoção de um sistema multiportas, pautado na cultura da pacificação em detrimento da cultura da sentença.¹⁸⁸ Neste cenário, as partes são levadas a buscar a composição dos seus interesses antes do início dos debates sobre a causa, com o “espírito desarmado”, no menor espaço de tempo possível contado entre a instauração do conflito e o início do processo.¹⁸⁹ Por outro lado, tal medida seria capaz, ainda, de promover a redução do tempo de tramitação do processo, caso um acordo fosse celebrado logo na sua fase inicial.¹⁹⁰

da prova”. Mesmo após tal acréscimo, DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 123, defendia que a audiência preliminar deveria ser obrigatoriamente realizada, ainda que não fosse possível a conciliação, para que o feito fosse saneado oralmente pelo juiz. Tal entendimento somente foi revisto no ano seguinte: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 108.

¹⁸⁶ Sobre a atividade saneatória da audiência preliminar, vejam-se WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 203, e DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 115.

¹⁸⁷ Conforme expresso na exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, “a satisfação efetiva das partes pode se dar de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz”.

¹⁸⁸ Nesse sentido, vejam-se LESSA NETO, João Luiz. *Comentários ao art. 334*. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 484, RODRIGUES, Daniel Colnago. *Comentários ao art. 334*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRMARE, Ronaldo (coord.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 2016, p. 531, LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Desafios do artigo 334 do CPC/2015*. In: Revista de Processo. Vol. 303, São Paulo: Revista dos Tribunais, mai. 2020, p. 509, e MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A atuação do juiz na direção do processo*. In: FUX, Luiz (coord.). O Novo Processo Civil Brasileiro (Direito em Expectativa). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 189.

¹⁸⁹ Nesse sentido, veja-se THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 63ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 676.

¹⁹⁰ Nesse sentido, veja-se MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *A audiência de*

De acordo com a Comissão de Juristas, responsável pela elaboração do anteprojeto de lei que deu origem ao CPC/2015, a inspiração para “antecipar” a realização da audiência preliminar para antes da contestação se deu, dentre outras, por influência das reformas operadas em 2001 no Código de Processo Civil alemão (ZPO).¹⁹¹

No entanto, conforme assinala José Rogério Cruz e Tucci,¹⁹² o percurso histórico da audiência preliminar não se iniciou na reforma do CPC alemão de 2001 e nem se resumiu a ela. Na verdade, de acordo com referido Professor Titular da USP, a audiência preliminar foi idealizada, nos fins do século XIX, pelo jurista austríaco Franz Klein, essencialmente para iniciar a fase de saneamento do processo. Posteriormente, esta construção foi adotada pelo jurista alemão Fritz Baur que, em 1966, por meio da obra “Caminhos para a Concentração da Oralidade no Processo Civil”, concebeu o chamado “modelo de Stuttgart”. Este modelo foi a base de inspiração das reformas operadas no CPC alemão em 1976 e 1977. Em 1990, a audiência preliminar saneadora foi

incorporada ao CPC italiano (art. 183). Em 1995 e 1996, a audiência preliminar foi adotada pelo CPC português, não apenas para promover saneamento do feito, mas também para tentar obter a solução consensual do conflito (art. 508-A e 509). Em 2001, a mesma lógica foi adotada na audiência preliminar do novo CPC espanhol (arts. 414 a 430), do novo CPC francês (art. 21) e do reformado CPC alemão (art. 275).¹⁹³

Tratando especificamente do direito italiano, Humberto Theodoro Jr.¹⁹⁴ assinala que a audiência preliminar, também sob a inspiração de Klein, foi apresentada em 1926 por Francesco Carnelutti no art. 114 do seu anteprojeto para o novo CPC italiano, com objetivos conciliatório e saneatórios. Já no anteprojeto elaborado por Enrico Tullio Liebman em 1977, a audiência preliminar tinha propósito estritamente saneatório. Proposta que acabou sendo consagrada na reforma de 1990.

Portanto, embora a Comissão tenha apontado a reforma no CPC alemão de 2001 como o ponto referencial para a construção da audiência preliminar prevista no art. 334 do CPC/2015, trata-se, em

conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil. In: Revista de Processo. Vol. 253, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2016, p. 165.

¹⁹¹ Nesse sentido, veja-se a exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Sobre as reformas no CPC alemão, vejam-se MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Vol. 49, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2003, p. 29, e BENEDUZI, Renato. Introdução*

ao Direito Processual Civil Alemão. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 58.

¹⁹² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.*

¹⁹³ Sobre o tema, veja-se também THEODORO JR., Humberto. *O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 147.*

¹⁹⁴ THEODORO JR., Humberto. *O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 143.*

verdade, de um movimento mais amplo de construção multinacional da referida audiência, sendo certo que tanto na Alemanha, como na Itália, na França, na Espanha e em Portugal, a audiência preliminar, ainda que com outros nomes, visava precipuamente sanear o processo e, em alguns casos, também conciliar as partes.¹⁹⁵ De modo que a construção de uma audiência preliminar exclusivamente voltada para a solução consensual do litígio, antes da citação do réu, é uma obra com a marca genuinamente brasileira, que remonta à tradição reinol, retratada no art. 23 do Decreto nº 737/1850, e que se encontra presente no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis (art. 21 da Lei nº 9.099/1995).

De qualquer modo, desde a fase final de aprovação do projeto de lei que

deu origem ao atual CPC o desenho legal estabelecido para a realização da audiência preliminar foi alvo de diversas e significativas críticas doutrinárias. De fato, diversos autores repudiam a colocação da audiência preliminar em seguida ao recebimento da demanda, pois assinalam que, em regra, o autor possui melhores condições para avaliar a conveniência da realização de um acordo após o oferecimento da contestação, quando já conhece as alegações e as provas apresentadas pelo réu.¹⁹⁶ Por outro lado, os estudiosos também aduzem que a falta de um saneamento inicial, para resolução das questões prévias eventualmente existentes, pode desestimular a resolução consensual do conflito.¹⁹⁷

Além disso, a imposição da presença das partes na audiência

¹⁹⁵ Sobre o tema, veja-se CÂMARA, Alexandre Freitas. *Escritos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 155.

¹⁹⁶ De acordo com GOMES, Tadeu Alves Sena Gomes. *A audiência de conciliação ou mediação do novo Código de Processo Civil sob a perspectiva da análise econômica do direito*. In: *Revista de Processo*. Vol. 321, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2021, p. 107, “a inovação legislativa acentua a assimetria de informação entre os litigantes na medida em que o réu conhece a profundidade do pedido e da causa de pedir do autor, enquanto este desconhece as razões da defesa do réu”. Na mesma linha, assinala PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *O novo Código de Processo Civil e a redução dos custos sociais da litigância*. In: *Revista de Processo*. Vol. 253, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2016, p. 49, que, quando a audiência preliminar for realizada, “o réu já conhece a fundamentação do pedido do autor, e a viabilidade potencial de seus ganhos, enquanto o autor desconhece

qual a estratégia argumentativa de seu opositor”. Assim também afirma OSNA, Gustavo. *A “audiência de conciliação ou de mediação” no novo CPC: seis (breves) questões para o debate*. In: *Revista de Processo*. vol. 256, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2016, p. 349: “No modelo previsto pelo Código de 2015, entretanto, há um desalinhamento entre a posição das partes. De um lado, o Réu já possui ciência do arsenal de que dispõe o autor, podendo antecipar os benefícios inerentes à sujeição a algum tipo de acordo. De outro, é rigorosamente incerto para o autor o que o réu irá ou não argumentar em juízo”.

¹⁹⁷ Como ilustrado por MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil*. In: *Revista de Processo*. Vol. 253, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2016, p. 171, caso o réu pretenda alegar sua ilegitimidade processual na contestação (arts. 131, 337, XI e 338, do CPC/2015), não haverá sentido em

preliminar (art. 334, § 9º), foi considerada irrazoável por parte dos estudiosos.¹⁹⁸ Existe, ainda, significativa divergência sobre a constitucionalidade da aplicação da multa por ato atentatório à dignidade da justiça no caso de ausência injustificada à audiência preliminar (art. 334, § 8º) à parte que expressamente refutou sua realização.¹⁹⁹ Da mesma forma, a doutrina debate como devem ser aplicadas na audiência preliminar as

técnicas de conciliação e mediação, diante da falta de critérios legais.²⁰⁰

A principal crítica feita em relação ao regramento da audiência preliminar, no entanto, é que, diante das regras postas no CPC/2015, a sua realização se torna “quase obrigatória”, não apenas no procedimento comum, mas, por via de sua aplicação subsidiária aos ritos especiais (art. 318, parágrafo único), em praticamente todos os procedimentos judiciais.

celebrar um acordo enquanto a questão não for dirimida. Neste mesmo sentido, veja-se GOMES, Tadeu Alves Sena Gomes. *A audiência de conciliação ou mediação do novo Código de Processo Civil sob a perspectiva da análise econômica do direito*. In: Revista de Processo. Vol. 321, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2021, p. 108.

¹⁹⁸ Sobre o tema, indaga NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil: Volume Único. 14ª ed., Salvador: Juspodivm, 2022, p. 649, “que sentido tem obrigar a presença das partes para uma audiência em que exclusivamente se tentará a conciliação ou a mediação? Seria uma sanção apenas porque a parte não pretende conciliar ou mediar? Não atenta contra o constitucional direito de ir e vir criar um dever de comparecimento a essa audiência, mesmo que seu objetivo não seja pretendido pela parte, que inclusive expressamente se manifesta nesse sentido?”.

¹⁹⁹ Nesse sentido, diz CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 8ª ed., Atlas: São Paulo, 2022, p. 210, que somente a ausência injustificada de alguma das partes que não se opôs à realização da audiência preliminar precisa ser sancionada. Em sentido contrário, veja-se o Enunciado 61 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM: “Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334

do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8º”.

²⁰⁰ Como assinalado por CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 8ª ed., Atlas: São Paulo, 2022, p. 211, não havendo manifestação ou consenso entre as partes, a audiência preliminar deve ser exclusivamente dedicada à conciliação. Assim, somente se as partes expressamente anuírem, é que deve ser aplicada na audiência preliminar a técnica da mediação. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil: Volume Único. 14ª ed., Salvador: Juspodivm, 2022, p. 642, por sua vez, sustenta que caberá ao juiz indicar desde o recebimento da petição inicial o meio consensual mais adequado a ser aplicado ao caso, a mediação ou a conciliação. Aparentemente, ambos os autores desconsideram que a decisão sobre a aplicação da técnica para promoção da solução consensual do conflito deve ser fruto de uma análise conjunta entre o juízo e as partes. Assim, por exemplo, se o autor indicar na petição inicial que deseja submeter a questão a uma mediação, o juiz, ao receber a petição inicial, poderá determinar a citação do réu da demanda e, no mesmo ato, a sua intimação para dizer, no prazo de 5 dias, se concorda com a designação de uma sessão de mediação.

Efetivamente, diante da regulação legal, a audiência preliminar não será realizada somente quando a demanda tiver procedimento especial, “se ambas as partes manifestarem,

expressamente, desinteresse na composição consensual”²⁰¹ ou “quando não se admitir a autocomposição” (art. 334, § 4º, do CPC/2015).²⁰² Além disto, o legislador

²⁰¹ Sobre o dispositivo, afirma THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 63ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 676, que “ainda que o autor manifeste, expressamente na petição inicial, desinteresse pela autocomposição, o juiz despachará designando dia e hora para sua realização. Esse ato conciliatório somente não será realizado se o réu aderir ao desinteresse do autor em petição posterior à citação e anterior à audiência. O autor, portanto, não tem o poder de, isoladamente, impedir ou evitar a audiência. Sem a adesão do réu, a sessão ocorrerá necessariamente. Da mesma forma, o demandado também não tem poder de impedi-la pela só manifestação individual de desinteresse. Nem uma nem outra parte têm possibilidade de, sozinha, escapar da audiência preliminar”. Apesar da redação impositiva, parte da doutrina sustenta que se trata apenas de uma recomendação, sem força obrigatória. Nesse sentido, diz CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 8ª ed., Atlas: São Paulo, 2022, p. 210, que “uma interpretação literal do texto normativo poderia então, levar a se considerar que só não se realizaria a sessão de mediação ou conciliação se nem o demandante, nem o demandado, quisessem participar desse procedimento de busca de solução consensual, não sendo suficiente a manifestação de vontade de uma das partes apenas para evitar a realização daquela reunião. Assim não é, porém. Apesar do emprego, no texto legal, do vocábulo ‘ambas’, deve-se interpretar a lei no sentido de que a sessão de mediação ou conciliação não se realizará se qualquer das partes manifestar, expressamente, desinteresse na composição consensual. Basta que uma das partes manifeste sua intenção de não participar da audiência de conciliação para que esta não possa ser realizada. É que um dos princípios reitores da mediação (e da conciliação) é o da

voluntariedade, razão pela qual não se pode obrigar qualquer das partes a participar, contra a sua vontade, do procedimento de mediação ou conciliação (art. 2º, §2º, da lei 13.140/2015). A audiência, portanto, só acontecerá se nem o autor nem o réu afirmarem expressamente que dela não querem participar (e o silêncio da parte deve ser interpretado no sentido de que pretende ela participar da tentativa de solução consensual do conflito)”. No mesmo sentido, veja-se, ainda, BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 295. Importante sublinhar, ainda, que parcela da doutrina sustenta que a audiência de mediação seria obrigatória em todos os processos, em razão da prevalência do art. 27 da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) sobre o CPC. Sobre este tema, veja-se LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Desafios do artigo 334 do CPC/2015*. In: Revista de Processo. Vol. 303, São Paulo: Revista dos Tribunais, mai. 2020, p. 507.

²⁰² Atualmente, pouquíssimas causas podem ser consideradas, *a priori*, como incompatíveis com a busca pela autocomposição. Em tese, somente direitos considerados indisponíveis, fundamentais e sem caráter patrimonial estariam nesta categoria, tais como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à saúde etc. Sobre o tema, veja-se FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, p. 145. Sustenta-se também que os interesses fazendários, ainda que de natureza patrimonial, não admitiriam autocomposição quando não houvesse lei específica autorizando tal disposição. Neste sentido, veja-se o seguinte julgado: “Agravo de Instrumento. Ação declaratória. Rescisão de contrato administrativo. Metrô. Linha 17/Ouro do Monotrilho. Decisão que indefere a homologação de acordo proposto pelas

ainda estabeleceu a “obrigatoriedade” da realização da audiência de mediação nas “ações possessórias multitudinárias” (art. 695 do CPC/2015) e da audiência preliminar nas “ações de família” (art. 695 do CPC/2015).²⁰³

Em razão dessas regras, quando da edição do atual Código, parte da doutrina considerou que o regime

adotado pelo CPC/2015 teria como resultado o aumento do tempo de duração do processo,²⁰⁴ a sobrecarga das pautas de audiência²⁰⁵ e a prática de atos inúteis em situações nas quais a realização da audiência preliminar seria pouco produtiva ou até mesmo inadequada. Neste sentido, basta pensar, por exemplo, na realização da audiência preliminar em demandas

partes, bem como rejeita embargos de declaração opostos. Cabível o manejo de agravo de instrumento, eis que caracterizada a hipótese do art. 1.015, inciso II, do Código de Processo Civil. Transação que envolve direito indisponível. Necessidade de lei específica autorizando o Poder Público a dispor, judicial ou extrajudicialmente, do patrimônio público, sob pena de violação dos princípios administrativos da estrita legalidade e indisponibilidade.” (TJSP – 2ª Câmara de Direito Público – AI 2177139-12.2017.8.26.0000 – Rel. Des. Renato Delbianco, j. em 13/03/2018).

²⁰³ De acordo com CALMON, Rafael. Manual de Direito Processual das Famílias, p. 110, o comparecimento à audiência preliminar deve “ser compulsório, independentemente do fato de se tratar de sessão de mediação ou conciliação, a não ser que o réu tenha sido citado/intimado por edital ou que alguma circunstância extrema recomende que os envolvidos não sejam colocados frente a frente”.

²⁰⁴ Neste sentido, assinala GEVARTOSKY, Hannah. *A realização de audiência de mediação/conciliação initio litis no novo Código de Processo Civil*. In: Revista de Processo. Vol. 260, São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2016, p. 429, que a “audiência de mediação/conciliação só trará efetiva celeridade ao procedimento judicial se as partes chegarem legitimamente ao consenso, caso contrário, o procedimento se alongará mais do que era previsto no Código de 1973”. WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A eliminação da audiência preliminar no projeto do novo Código de Processo Civil*. In: Novo CPC: Reflexões e

Perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 219, assinalam que os “problemas em se adotar - isoladamente - a sistemática proposta no art. 335 [art. 334 do CPC/2015], em nosso sentir, seriam de duas ordens: primeiro, seria demasiadamente elástico o prazo para a realização da audiência de conciliação e, conseqüentemente, para o oferecimento de contestação; segundo, teria fim o saneamento do processo na forma compartilhada. (...) Também se deve ter presente que, no sistema atual, a atividade de se examinar a presença ou não dos pressupostos processuais e das condições da ação se dá, frequentemente, depois de efetivado o contraditório. E, ao se retornar a disciplina de postergar a resposta do réu para depois da audiência de conciliação, elimina-se a possibilidade de o saneamento do processo ser realizado imediatamente, na própria audiência (se não obtida a conciliação), com a efetiva participação das partes.”

²⁰⁵ Neste sentido, afirma NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil: Volume Único. 14ª ed., Salvador: Juspodivm, 2022, p. 649, que “a realização obrigatória dessa audiência [...] congestionará a pauta de audiências de maneira considerável, atrasando ainda mais o já lento procedimento”. Esta crítica, por sinal, era a mesma feita à audiência de conciliação prevista na redação original do art. 331 do CPC/1973. Sobre o tema, veja-se WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil, p. 203.

propostas em face de réus que sabidamente não fazem acordos²⁰⁶ ou em demandas entre cônjuges que estão inseridos num contexto de violência doméstica.²⁰⁷

Além disso, é preciso considerar que dificilmente o réu terá interesse em postular a dispensa da realização da audiência preliminar, eis que, do ponto de vista estratégico, tal iniciativa encurtaria o seu prazo para responder à demanda (art. 335, II, do CPC/2015).²⁰⁸

Diante desse cenário, agravado pela falta de conciliadores e

mediadores capacitados, pela falta de um cultura compositiva e pela enorme pressão exercida sobre os juízes pelo cumprimento de metas, após a entrada em vigor do CPC/2015, em 18 de março de 2016, foi possível observar em parte significativa dos processos em tramitação perante a primeira instância da Justiça Comum (Justiça Federal, Federal e Distrital) que a audiência preliminar não estava sendo marcada, fora das hipóteses legais, sob a alegação de que a realização deste ato não seria útil para a adequada e eficaz prestação da tutela jurisdicional.²⁰⁹

²⁰⁶ O caso mais emblemático é o da Fazenda Pública. Apenas para ilustrar a questão, nas pesquisas feitas por SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a Audiência de Conciliação ou Mediação como Fase Inicial do Procedimento*, p. 593, foi identificado que nos 5 Juizados Especiais Federais especializados em matéria previdenciária, instalados na Seção Judiciária do Rio de Janeiro, entre janeiro de 2014 e fevereiro de 2015, em apenas 1,5% das sentenças foi proferida por meio da conciliação.

²⁰⁷ Sobre o tema, veja-se BORGES, Lize. *Audiência de conciliação nas ações de família em casos de violência doméstica*. Na jurisprudência, admitindo a dispensa da realização da audiência preliminar em casos de violência doméstica, veja-se: “Agravio de instrumento. Divórcio. Audiência de conciliação. Presença da parte, em favor de quem se deferiu medida protetiva da Lei Maria da Penha. Mesmo em face da realização do ato pela via remota, quadro de hipervulnerabilidade havido se toma não apenas do ponto de vista físico, mas também psicológico e que recrudescer com o contato imposto, mesmo telepresencialmente, da ofendida com o ofensor.” (TJSP – 1ª Câmara de Direito Privado – AI 2247595-45.2021.8.26.0000 – Rel. Des. Claudio Godoy, j. em 01/12/2021).

²⁰⁸ Como bem anotado por CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 8ª ed., Atlas: São Paulo, 2022, p. 210, o réu pode, por meio de seu silêncio, “deixar ser designada a audiência (e é sabido que, com as pautas cheias, pode haver um espaço de tempo muito grande entre a designação da audiência e sua realização, muitas vezes bastante maior do que os trinta dias de antecedência mínima a que se refere a lei) apenas para ganhar tempo”. Nesse mesmo sentido, veja-se também MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil*. In: *Revista de Processo*. Vol. 253, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2016, p. 170.

²⁰⁹ Neste sentido, confira-se, a título de ilustração, um dos despachos que se tornaram padrão para a dispensa da referida audiência: “Não obstante a nova sistemática do CPC, deixo de designar audiência, em virtude do ínfimo percentual de acordos realizados, nada impedindo que a parte ré, caso tenha interesse, solicite sua designação para a formulação de proposta de acordo à parte autora. Cite-se (prazo de 15 dias para contestar) e intimem-se.” (TJRJ – 7ª Vara Cível Regional de Jacarepaguá da Comarca da Capital – Proc. nº 0823355-08.2022.8.19.0203 – Juiz Andreia Florencio Berto, j. em 22/09/2022).

Importante sublinhar que dispensa da audiência preliminar, fora das hipóteses legais, não é vista pela jurisprudência majoritária como passível de anulação do processo, do mesmo modo que ocorria com a audiência de conciliação na vigência do CPC/1973.²¹⁰

No STJ, especificamente, a questão tem sido tratada como uma faculdade do juiz que pode, na condução do procedimento, dispensar a sua realização fora das hipóteses legais, à luz do princípio da adaptabilidade (art. 139, VI, do CPC). Neste sentido, vejamos os seguintes arestos:

“Em que pese o fato de que a adoção de meios consensuais para a solução de conflitos através da conciliação e da mediação, antes chamados alternativos, agora passaram a ser estimulados, conforme expressa previsão legal do art. 139, inciso V do CPC, importante destacar o entendimento firmado pelo c. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a falta da realização de audiência de conciliação não se afigura como causa de nulidade do processo.” (STJ, REsp 1.984.004/MG, Rel. Min.

Paulo Sérgio Domingues, j. em 27/09/2024, 1ª Turma)

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO NÃO REALIZADA. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. NECESSIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.” (STJ, AgInt no AREsp 2.637.347/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 23/09/2024, 4ª Turma)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. CARTÃO DE CRÉDITO. AÇÃO DE COBRANÇA. 1. DESIGNAÇÃO DE

²¹⁰ Nesse sentido, vejamos-se: “Não importa nulidade do processo a não realização da audiência de conciliação, uma vez que a norma contida no art. 331 do CPC visa a dar maior agilidade ao processo e as partes podem transigir a qualquer momento” (STJ – 2ª Turma

– RESP 148.117, Min. Castro Meira, j. em 08/03/2005). No mesmo sentido: STJ-19 T. REsp 769.119, Min. Teori Zavascki, j. 13.9.05, DJU 26.9.05; STJ-Bol. AASP 2.167/1.465 (34 T.), RST).

AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO. NÃO OBRIGATORIEDADE. RECONHECIMENTO. 2. NULIDADE DA CITAÇÃO. ENTREGA NO ENDEREÇO CORRETO DA AUTORA. PORTARIA. VALIDADE. PRECEDENTES. REVISÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7, DO STJ. 3. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.” (STJ, AREsp 2.577.790, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 13/06/2024, 3ª Turma)

“A Corte de origem bem analisou a controvérsia com base nos seguintes fundamentos: Embora a parte autora não tenha sido intimada para informar se optava ou não pela realização da audiência conciliatória, afirmou na

réplica o seu desinteresse (autos originários, Evento 14, f. 4). Além disso, a não realização do ato, por si só, não gera a nulidade do processo, especialmente em casos como o presente, em que se discute direito indisponível. Era preciso que a parte comprovasse prejuízo concreto pela falta da audiência, mas isso não ficou demonstrado.” (STJ, AREsp 2.321.382/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 28/06/2023, 2ª Turma)

A questão, entretanto, não é pacífica, pois existem decisões no próprio STJ que adotaram a tese de que a dispensa da realização da audiência preliminar, fora das hipóteses legais, representa causa de anulabilidade (passível de sanatória caso não alegada na primeira oportunidade), por conta não apenas da previsão legal, mas também em respeito ao princípio da busca pela solução consensual do conflito (arts. 3º, §§ 2º e 3º, e 139, V, do CPC).²¹¹ Neste sentido, confira-se o seguinte aresto:

²¹¹ É a mesma orientação que tem sido vista no TJRJ. Nesse sentido, vejam-se: “Agravo de Instrumento. Audiência de conciliação requerida na inicial. Dispensa pelo magistrado. Cabimento do recurso. Risco de dano processual irreversível. Aplicação da tese da taxatividade mitigada, firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso repetitivo. Necessária designação da audiência prevista no art. 334, do CPC. Requerimento expresso da parte autora. Inobservância do devido processo legal. Direito potestativo da parte. Norma de ordem pública. Reforma da decisão.”

(TJRJ – 27ª Câmara Cível – AI 00671616120198190000 – Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, j. em 30/03/2020), “AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE CUMULADA COM COBRANÇA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO REJEITADA – MÉRITO – DISPENSA DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO PELO JUIZ – MANIFESTO INTERESSE DA PARTE REQUERIDA NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA – NECESSIDADE DO JUÍZO ESTIMULAR A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS – ART. 3º, §§ 2º E 3º DO CPC – NÃO

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. DEVER GERAL DE PROMOVER A AUTOCOMPOSIÇÃO E SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS. AUDIÊNCIA PRÉVIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO. ART. 334 DO CPC. OBRIGATORIEDADE, SALVO QUANDO HOVER DESINTERESSE POR AMBAS AS PARTES. NULIDADE PELA NÃO REALIZAÇÃO. NECESSIDADE DE ARGUIÇÃO NA PRIMEIRA OPORTUNIDADE DE SE MANIFESTAR NOS AUTOS. PROCEDIMENTO ESPECIAL REGIDO PELO DL Nº 911/1969. PREVISÃO ESPECÍFICA. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 334 DO CPC. NÃO OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA NA ESPÉCIE.” (STJ, REsp 2.167.264/PI, Rel. Min. Nancy

Andrighi, j. em 15/10/2024, 3ª Turma)

Não por outro motivo, a questão foi afetada para julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos pela Corte Especial do STJ (Tema 1271):

“RECURSO ESPECIAL EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. PROPOSTA DE AFETAÇÃO. ART. 334, § 4º, I, DO CPC. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. DESINTERESSE DE APENAS UMA DAS PARTES NA COMPOSIÇÃO CONSENSUAL. OBRIGATORIEDADE OU NÃO DE DESIGNAR A AUDIÊNCIA. 1. Nos termos do Código de Processo Civil e do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - RISTJ, os recursos especiais em Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR tramitarão nesta Corte Superior em consonância com o procedimento estabelecido

PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA DISPENSA DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO LISTADOS NO § 4º DO ART. 334 DO CPC – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (TJMS – 4ª Câmara Cível – AI 1414624-30.2021.8.12.0000 – Rel. Luiz Antônio Cavassa de Almeida, j. em 18/10/2021) e “INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS - RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 985 DO CPC - AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - OBRIGATORIEDADE - INCIDÊNCIA ARTIGO 334 DO CPC - VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO

PRINCÍPIO DA IGUALDADE. - Para efeitos do artigo 985 do CPC, firma-se a seguinte tese: ‘É obrigatória a realização de audiência preliminar a que alude o art. 334 do CPC, quando inexistente manifestação expressa de ambas as partes pelo desinteresse na composição consensual - É nulo o processo, quando o juiz, diante da manifestação de apenas uma das partes, deixa de designar a audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC.’” (TJMG – 2ª Seção Cível – IRDR 10000170275564003 – Rel. Des. Juliana Campos Horta, j. em 25/08/2022).

para o recurso representativo da controvérsia (RISTJ, arts. 256-H), uma vez que o julgamento do referido recurso gera efeitos sobre os demais processos a respeito da questão (art. 987, § 2º, do CPC). 2. *Delimitação da controvérsia: ‘Definir se a inobservância da audiência de conciliação ou mediação previstas no art. 334 do CPC, quando apenas uma das partes manifesta desinteresse na composição consensual, implica nulidade do processo’.* 3. *Determinação de suspensão dos recursos especiais e agravos em recurso especial que discorram sobre idêntica questão jurídica.* 4. *Recurso especial afetado ao rito do artigo 1.036 do Código de Processo Civil.”* (STJ, *ProAfR no REsp 2.071.340/MG*, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 11/06/2024, *Corte Especial*).

Embora o STJ ainda não tenha concluído o julgamento do incidente, a tendência é que adote a tese de que a dispensa da realização da audiência preliminar, quando apenas uma das partes manifesta desinteresse na composição consensual, não implica em nulidade do processo. De fato, no dia 19/03/2025, a relatora do incidente, Ministra Maria Isabel Gallotti, votou no sentido de conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, fixando a seguinte tese

jurídica para os fins dos arts. 1.036 a 1.041 do CPC:

“Se as circunstâncias do caso indicarem ser improvável o consenso, ou que o ato colocaria em risco a razoável duração do processo, a audiência de conciliação ou mediação do art. 334 do CPC pode ser dispensada, com a devida fundamentação. 2. Diante da inexistência de prejuízo, a ausência de designação da audiência não gera nulidade, podendo o Tribunal de segundo grau, se for o caso, determinar sua realização no juízo de origem, ou no próprio Tribunal, nos termos do art. 938, § 1º, do CPC.”

Em seguida, os autos foram encaminhados para o gabinete da Ministra Nancy Andrichi, que apresentou pedido de vistas. Atualmente, o incidente encontra-se aguardando pauta para prosseguimento do julgamento.

Em relação à controvérsia, na nossa visão, o juiz pode, de forma excepcional e especificamente fundamentada, alterar a ordem dos atos do procedimento (art. 139, VI, do CPC), para dispensar a realização da audiência preliminar, sem que isto implique em nulidade processual, quando a medida puder promover a rápida e efetiva solução do litígio. No entanto, consideramos que não é legítima a postura observada por alguns magistrados de anular a escolha do legislador na regulamentação da realização da audiência preliminar, simplesmente dispensando a realização da audiência

preliminar de maneira sistemática e genérica. De fato, consideramos que os equívocos observados na normatização do instituto devem ser corrigidos por meio de uma alteração legislativa e não por meio de uma orientação jurisprudencial, de natureza ativista.²¹²

De todo modo, percebemos que existia um hiato entre as discussões doutrinárias e jurisprudenciais realizadas no STJ e a linha de frente da magistratura. De fato, são os juízes de primeira instância os responsáveis por marcar ou não a audiência preliminar e gerir as consequências daí advindas para o processo. Assim, decidimos realizar uma pesquisa de campo para avaliar a percepção dos juízes que estão na primeira instância do Poder Judiciário sobre a questão, através de uma pequena amostragem, para trazer maior concretude às reflexões realizadas.

2. A PESQUISA DE CAMPO

2.1 AS CARACTERÍSTICAS DA PESQUISA

Inicialmente, necessário destacar que a pesquisa em tela teve por objetivo, também, promover uma

exploração sobre os dados disponíveis em relação ao objeto da pesquisa, para analisar a eficiência das fontes consultadas. Em outras palavras, as informações que foram selecionadas para compor o universo da pesquisa foram estabelecidas antes da consulta às fontes, para que a abrangência das fontes pudesse ser também avaliada.

Os dados foram levantados, primordialmente, junto ao Departamento de Informações Gerenciais da Prestação Jurisdicional – DEIGE/PJERJ e à Diretoria-Geral de Estatística e Apoio à Jurisdição – DGJUR/PJERJ do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, e, posteriormente aferidos junto às serventias pesquisadas: sete varas cíveis e quatro varas de família do Foro Regional de Jacarepaguá da Comarca da Capital (varas sem competência criminal). Com isso foi possível estabelecer os parâmetros estatísticos da pesquisa.

De uma maneira geral, os órgãos pesquisados apresentavam os dados selecionados como pertinentes com o objeto da pesquisa, conforme listado no Anexo 2.

A primeira informação que salta aos olhos, no que diz respeito aos dados apurados, é que o número de audiências preliminares realizadas

²¹² O ativismo judicial pode ser considerado como um fenômeno em que o Poder Judiciário, a pretexto de concretizar de princípios e regras gerais, profere decisões que de algum modo invadem a esfera de atuação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, fora das hipóteses em que isso é expressamente permitido. Trata-se de postura, a nosso sentir, ilegítima, quando dissociada

dos parâmetros constitucionais próprios. Sobre o tema, veja-se ÁVILA, Humberto. Constituição, Liberdade e Interpretação. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 7, e CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 312.

pelas Varas de Família é muito superior ao número das Varas Cíveis, apesar destes órgãos terem um acervo maior, maior número de tombamentos e não terem competência orfanológica (inventários, testamentos, alvarás etc).²¹³ De acordo com os serventuários, o grande número de audiências é decorrente da cultura compositiva presente nas Varas de Família, da determinação contida no mencionado art. 695 do CPC/2015²¹⁴ e da estrutura procedimental das ações de alimentos (art. 5º da Lei nº 5.478/1968).²¹⁵ Durante o ano de 2021, a relação entre o número de processos tombados e o número de audiências designadas nas Varas Cíveis ficou em torno de 6,4%. Nas Varas de Família o índice foi de aproximadamente 27,4%.

Importante sublinhar que o sistema informatizado do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro não faz distinção entre a audiência preliminar (art. 334 do CPC/2015) e as chamadas “audiências de conciliação” (identificadas em algumas serventias como “audiência do art. 331”, em alusão ao dispositivo presente no CPC/1973), o que certamente impactou nos levantamentos realizados.

Outro dado diferenciador entre os órgãos judiciais foi em relação ao percentual de audiências desmarcadas. Ao longo do ano de

2021, o percentual de audiências desmarcadas nas Varas Cíveis ficou em torno de 2,3% (apenas nos meses de janeiro, fevereiro e agosto alguma das audiências designadas deixou de ser realizada). Nas Varas de Família o índice foi em torno de 32,7%.

Muito embora não exista registro no sistema informatizado do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro ou nas serventias pesquisadas sobre o número de audiências desmarcadas especificamente por causa da “dupla negativa” (art. 334, § 4º, do CPC/2015), é possível afirmar que a incidência desta regra é próxima de zero. Os principais motivos para a desmarcação de audiência, de acordo com os serventuários, foram a ausência de uma ou ambas as partes ao ato, a falta de intimação das partes ou das testemunhas, a ausência do magistrado ou do conciliador ao ato. Nenhum dos serventuários entrevistados se recorda de ter visto um processo no qual a audiência foi desmarcada pela “dupla negativa” (art. 334, § 4º, do CPC/2015).

Não existe no sistema informatizado do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro um dado específico sobre o número de sentenças ou decisões interlocutórias sentenciárias (art. 356 do CPC/2015) homologatórias de acordos celebrados nas audiências preliminares

²¹³ Nas ações orfanológicas, não há, de regra, qualquer tipo de audiência a ser realizada. São procedimentos essencialmente documentais.

²¹⁴ O art. 695 do CPC/2015 prevê a “obrigatoriedade” da realização do audiência nas chamadas “ações de família”.

²¹⁵ Diz o art. 5º da Lei de Alimentos: “Art. 5º. O escrivão, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá ao devedor a segunda via da petição ou do termo, juntamente com a cópia do despacho do juiz, e a comunicação do dia e hora da realização da audiência de conciliação e julgamento”.

realizadas. Existe a possibilidade de registrar a sentenças como tendo sido proferida em audiência, mas nem todas as serventias fazem este tipo de classificação. Portanto, não foi possível levantar dados mínimos sobre o assunto.

Com relação ao levantamento de dados sobre a aplicação das técnicas de conciliação e mediação nas audiências preliminares a pesquisa restou prejudicada, por conta da suspensão parcial das atividades do Centro Judiciário de Solução e Conflito e Cidadania – CEJUSC do Fórum Regional de Jacarepaguá durante o ano de 2021.

Por fim, também não foi possível apurar o número de vezes nas quais as partes foram multadas quando deixaram de comparecer, sem apresentar justificativa aceitável, às audiências preliminares realizadas (art. 334, § 8º), pois não foram localizados dados disponíveis sobre o assunto.

Com relação às entrevistas feitas com os magistrados em atuação nas Varas Cíveis e nas Vara de Família do Foro Regional de Jacarepaguá, os dados colhidos foram anonimizados e agrupados por afinidade. Foram entrevistados 10 magistrados, dentre os 11 órgãos pesquisados. Apenas um magistrado, em atuação perante uma vara cível, declinou de participar da entrevista por entender que não seria conveniente expor sua opinião, uma vez que estava atuando em caráter precário, substituindo o magistrado titular, que estava afastado de seu órgão. No entanto, um magistrado que já havia atuado no Foro Regional de

Jacarepaguá e que estava em atuação numa vara cível regional próxima durante o período pesquisado aceitou participar da pesquisa. Em suma, foram entrevistados 11 magistrados.

Os resultados das entrevistas foram compilados no Anexo 3:

2.2 AS INFORMAÇÕES OBTIDAS

Ao longo da pesquisa, foi possível verificar que não foi possível alcançar parte dos seus objetivos por falta de um maior controle estatístico sobre o andamento dos processos pelo Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. O percentual de digitalização dos processos, no início do ano de 2021 era de 93,7%. Em outras palavras, a maioria absoluta dos processos tramitava de forma eletrônica, o que permitiria a apuração de todas as informações buscadas de forma simples e rápida, com a implementação de rotinas e a fixação de parâmetros para a realização dos atos dentro do sistema eletrônico judicial fluminense.

A principal justificativa para essa falta de controle era a perspectiva, já existente, de migração do sistema então utilizado pelo Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro para o sistema adotado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, chamado de Processo Judicial Eletrônico – PJe (Resolução CNJ nº 320 de 15/05/2020).

De qualquer modo, o ideal seria que tais medidas fossem implantadas, seja pelos tribunais regionais, seja pelo CNJ, para permitir um acompanhamento mais adequado e detalhado dos processos e uma

melhor e mais abrangente avaliação dos procedimentos aplicados, de modo, dentre outras coisas, a subsidiar as pesquisas sobre a efetividades das regras processuais.

Logo, a primeira conclusão é que é preciso investir na coleta e na disponibilização da dados sobre a tramitação dos processos judiciais do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.

Com relação aos dados apurados, foi possível verificar que o número de “audiências de conciliação” (como dito, o sistema não faz diferença entre audiências de conciliação e audiências preliminares) designadas nas Varas Cíveis do Foro Regional de Jacarepaguá é proporcionalmente baixo, em comparação ao número de processos tombados (6,4%). Nas Varas de Família, o índice foi significativamente superior, na ordem de 27,4%.

O ideal seria que existisse um registro no número de audiências preliminares que foram marcadas nos procedimentos nos quais este tipo de medida fosse possível, pois o número de processos tombados abarca procedimentos que não são compatíveis com a referida audiência (ações de execução, ações de inventário, ações de embargos à execução, cartas precatórias etc).

De qualquer modo, a segunda conclusão é que é a audiência

preliminar teve uma aplicabilidade baixíssima nos procedimentos em curso no Foro Regional de Jacarepaguá.

Também foi possível aferir que são os juízes das Varas Cíveis que conduzem a maioria das “audiências de conciliação” realizadas, uma vez que no período pós-pandêmico (COVID-19) foi observada uma escassez generalizada de conciliadores e mediadores. No caso das Varas de Família, o número de “audiências de conciliação” é bem mais expressivo, embora não chegue à metade, de acordo com as impressões apresentadas pelos juízes e serventuários. Além disto, o número de mediações realizadas, em comparação com o número de processos tombados, foi baixíssimo, principalmente em razão da suspensão parcial das atividades do CEJUSC do Fórum Regional de Jacarepaguá durante o ano de 2021. Não foi possível coletar dados precisos sobre o assunto, mas está é a impressão dos magistrados e dos serventuários entrevistados.

De modo que a terceira conclusão é que existe uma carência de conciliadores e mediadores, bem como de estrutura material para realização das mediações, no Foro Regional de Jacarepaguá.²¹⁶

Outro dado que pode ser apresentado é que o percentual de

²¹⁶ Sobre o tema, já alertava BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 642, no período inicial de vigência do

CPC/2015, que “o sucesso do novo padrão procedimental do procedimento comum dependerá, de qualquer sorte, da boa aceitação da regra e das condições físicas e humanas de as audiências de conciliação e mediação serem realizadas – nos centros a que

audiências desmarcadas nas Varas Cíveis é muito pequeno (2,3%), enquanto nas Varas de Família fica próximo a um terço (32,7%). Assim, embora não exista registro no sistema informatizado do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro ou nas serventias pesquisadas sobre o número de audiências desmarcadas especificamente por causa da “dupla negativa” (art. 334, § 4º, do CPC/2015), é possível afirmar que a incidência desta regra nas Varas Cíveis é próxima de zero. Nas Varas de Família, nenhum serventuário se recordava de ter tido ciência de um processo no qual a audiência preliminar tenha sido desmarcada por conta da “dupla negativa”.

Por tais motivos, a quarta conclusão é que é próximo de zero o número de audiências preliminares designadas que são desmarcadas pela “dupla negativa”, no Foro Regional de Jacarepaguá.

Com relação às entrevistas feitas com os magistrados em atuação nas Varas Cíveis e nas Vara de Família do Foro Regional de Jacarepaguá, foi verificado que a maioria dos magistrados (63%) entende que a audiência preliminar deveria ser retirada do procedimento comum, deixando a cargo do juiz, de ofício ou mediante requerimento, marcar uma audiência de conciliação ou mediação,

conforme as circunstâncias da causa. Sustentam, em síntese, que o juiz estaria mais habilitado para identificar os litígios que poderiam efetivamente serem levados à uma audiência de autocomposição. Além disto, entendem que as partes seus prepostos e seus advogados não estão dispostos ou preparados para realizar acordos, na maioria dos casos.

Assim, a quinta conclusão é que grande parte dos juízes do Foro Regional de Jacarepaguá apoiam a modificação do art. 334 do CPC/2015, para fazer com que a marcação da audiência preliminar seja por eles definida.

Por outro prisma, na visão da maioria dos magistrados (72,7%), não existe uma cultura consolidada de busca pela autocomposição das partes no âmbito do Poder Judiciário. Sustentam que as partes, seus prepostos e seus advogados não são preparados ou estimulados a buscar a solução consensual dos conflitos.

Desse modo, a sexta conclusão é que a maioria dos juízes do Foro Regional de Jacarepaguá entendem que falta uma cultura consolidada de busca pela autocomposição das partes no âmbito do Poder Judiciário.

A pesquisa também demonstrou que a maioria dos juízes do Foro Regional de Jacarepaguá (54,5%) não tem informações sobre as

se refere o *caput* do art. 165 – e, mais do que isto, gerarem os frutos que, espera-se, podem e devem gerar”. No mesmo sentido, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil: Volume Único**. 14ª ed., Salvador: Juspodivm, 2022, p. 642, sustenta que, caso fossem criados, tais centros

provavelmente não conseguiriam atender a enorme demanda a contento, “até porque é difícil crer que venha a existir uma ilha de excelência num mar de crise. A tendência, portanto, é que as audiências sejam designadas para muito além dos 30 dias previstos no art. 334, *caput*, do CPC”.

técnicas atualmente aplicadas no âmbito do Poder Judiciário para a busca pela autocomposição das partes.

Com isso, a sétima conclusão é que a maior parte dos juízes do Foro Regional de Jacarepaguá precisam ter maior informação sobre os mecanismos de autocomposição judicial existentes e as técnicas para aplicá-los.

A maioria dos juízes (54,5%) entendem que estão mais bem preparados para promover a autocomposição dos conflitos do que os próprios conciliadores e mediadores do tribunal. Desconsideram, assim, que as diretrizes legais vigentes, especialmente os arts. 3º, § 3º, 139, V, 165 e 174 do CPC, o art. 12 da Lei nº 13.140/2015 e a resolução CNJ nº 125/2010, dispõem que a conciliação e a mediação deverão ser realizadas preferencialmente por conciliadores e mediadores, devidamente treinados para tanto, e, apenas na sua ausência, pelos magistrados.²¹⁷

Destarte, a oitava conclusão é que os juízes do Foro Regional de Jacarepaguá, em sua maioria, não concordam com os parâmetros legais vigentes de atuação dos conciliadores e mediadores.

Em síntese, os magistrados apresentaram as seguintes sugestões para aprimorar a busca pela autocomposição no âmbito do Poder Judiciário:

- Estimular a autocomposição na fase pré-processual;
- Exigir o comparecimento nas audiências de representantes capacitados para compor os conflitos;
- Reestruturar os CEJUSCs;
- Criar novos cargos de conciliador e de mediador;
- Investir na formação continuada de juízes, serventuários, conciliadores e mediadores;
- Oferecer cursos de formação integrados por juízes, promotores de justiça e advogados, de forma a permitir o conhecimento do tema a partir de perspectivas diversas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a doutrina consultada, o regramento da audiência preliminar prevista no art. 334 do CPC/2015 peca por inúmeras falhas técnicas em sua redação, principalmente na sua “semi-obrigatoriedade”. A ideia inicial, que era promover o incremento da solução consensual dos conflitos, trazendo a audiência preliminar, exclusivamente para fins de conciliação ou mediação, para antes da contestação, acabou gerando um saldo negativo, pois não considerou os impactos da medida no tempo de tramitação dos procedimentos, bem como a

de conciliação não mais será realizada pelo juiz, mas por auxiliares técnicos do juízo (mediadores ou conciliadores)”.

²¹⁷ Para THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 63ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 677, com a entrada em vigor do CPC/2015, “a tentativa

insuficiência e a inadequação dos estímulos para atingir tais objetivos.

Por outro lado, a visão da magistratura sobre o regramento da audiência preliminar, captada dentro do recorte da pesquisa, é bastante negativa. De fato, como dito, os juízes estão, em sua ampla maioria, ignorando o dispositivo legal e deixando de marcar a referida audiência por não enxergarem nela um ganho para a prestação da tutela jurisdicional, mesmo sendo identificado na jurisprudência prevalente nos tribunais que dispensa genérica da audiência preliminar é passível de anulação do processo, por violação ao devido processo legal.

Além disso, foi possível observar que os magistrados entrevistados não buscavam se inteirar sobre os mecanismos judiciais de autocomposição e subestimavam o papel dos conciliadores e mediadores, bem como das partes, seus prepostos e seus advogados, no processo de promoção da construção da solução consensual dos conflitos. Aduzem, neste sentido, que não existe uma cultura compositiva entre os litigantes, notadamente em relação aos litigantes habituais, que não promovem meios adequados para que acordos sejam celebrados em audiência.

Defendem, assim, a dispensa *ope judicis* da realização da audiência preliminar e a possibilidade de designação de audiência de conciliação quando plausível, no caso concreto, a celebração de um acordo, sendo que, nesta hipótese, a direção do ato dele ser atribuída ao próprio magistrado.

O resultado dessa combinação é que a audiência preliminar apresenta baixíssima efetividade prática.

De modo que, caso os dados apresentados sejam confirmados numa pesquisa mais ampla a ser realizada futuramente, o ideal seria que fosse iniciado o debate para promover a alteração do art. 334 do CPC/2015, por meio de um projeto de lei, afastando a “semi-obrigatoriedade” mencionada e corrigindo as falhas apontadas. Além disto, seria importante aumentar o investimento na estrutura da mediação e da conciliação judicial, assim como na capacitação dos magistrados e dos serventuários.

Por fim, seria essencial que o CNJ coordenasse com os tribunais um projeto de estruturação e uniformização para a coleta e o tratamento dos dados referentes à tramitação dos processos judiciais, de forma a subsidiar as pesquisas e as análises referentes ao tema.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. Constituição, Liberdade e Interpretação. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BENEDUZI, Renato. Introdução ao Direito Processual Civil Alemão. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018.
- BERMUDES, Sergio. A Reforma do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- BORGES, Lize. *Audiência de conciliação nas ações de família em casos de violência doméstica*.

- In:* Revista Consultor Jurídico. 12 de mai. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-12/lize-borges-audiencia-acoes-familia-casos-violencia>. Acessado em 12/05/2023.
- BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.
- CALMON, Rafael. Manual de Direito Processual das Famílias. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2021.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Escritos de Direito Processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 8ª ed., Atlas: São Paulo, 2022.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 18ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma da Reforma. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Vol. 1, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- GEVARTOSKY, Hannah. *A realização de audiência de mediação/conciliação initio litis no novo Código de Processo Civil*. *In:* Revista de Processo. Vol. 260, São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2016, p. 415-437.
- GOMES, Tadeu Alves Sena Gomes. *A audiência de conciliação ou mediação do novo Código de Processo Civil sob a perspectiva da análise econômica do direito*. *In:* Revista de Processo. Vol. 321, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2021, p. 101-125.
- GUEDES, Jefferson Carús. *Procedimento por audiências e princípio da oralidade nos Juizados Especiais Federais*. *In:* GUEDES, Jefferson Carús (coord.). Juizados Especiais Federais. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 255-284.
- LESSA NETO, João Luiz. *Comentários ao art. 334*. *In:* STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 482-485.
- LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Desafios do artigo 334 do CPC/2015*. *In:* Revista de Processo. Vol. 303, São Paulo:

- Revista dos Tribunais, mai. 2020, p. 503-516.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil*. In: Revista de Processo. Vol. 253, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2016, p. 163-184.
- MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A atuação do juiz na direção do processo*. In: FUX, Luiz (coord.). O Novo Processo Civil Brasileiro (Direito em Expectativa). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 179-229.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Vol. 49, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2003, p. 23-39.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil: Volume Único. 14ª ed., Salvador: Juspodivm, 2022.
- OSNA, Gustavo. *A “audiência de conciliação ou de mediação” no novo CPC: seis (breves) questões para o debate*. In: Revista de Processo. vol. 256, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2016, p. 349-370.
- PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *O novo Código de Processo Civil e a redução dos custos sociais da litigância*. In: Revista de Processo. Vol. 253, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2016, p. 35-55.
- ROCHA, Felipe Borring. Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Teoria e Prática. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2022.
- RODRIGUES, Daniel Colnago. *Comentários ao art. 334*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRMARE, Ronaldo (coord.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 2016, p. 328-534.
- SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. *O novo Código de Processo Civil brasileiro e a audiência de conciliação ou mediação como fase inicial do procedimento*. In: Revista de Processo. Vol. 243, São Paulo. Revista dos Tribunais, mai. 2015, p. 583-603.
- THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 63ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- THEODORO JR., Humberto. O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Lineamentos da Nova Reforma do CPC. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A eliminação da audiência preliminar no projeto do novo Código de Processo Civil*. In: Novo CPC: Reflexões e Perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 218-226.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil. 3ª ed., São

Paulo: Revista dos Tribunais,
2005.

ANEXO 1**Formulário de Entrevista dos Magistrados**

A) Na sua opinião, caso houvesse uma reforma legislativa, a audiência de conciliação ou mediação, prevista no art. 334 do CPC, deveria ser:

() retirada do procedimento comum, deixando a cargo do juiz, de ofício ou mediante requerimento, marcar uma audiência de conciliação ou mediação, conforme as circunstâncias da causa.

() mantida no procedimento comum, mas condicionada à manifestação positiva de vontade de ambas as partes (o autor teria que requerê-la na petição inicial e o réu não se opor à sua realização, ainda que tacitamente).

() mantida no procedimento comum, mas condicionada exclusivamente à manifestação positiva de vontade do autor, que teria que requerê-la na petição inicial.

() mantida no procedimento comum, na forma como se encontra hoje regulada.

Comentário:

B) Na sua opinião, já existe uma cultura consolidada de busca pela autocomposição das partes no âmbito do Poder Judiciário?

Comentário:

C) Na sua opinião, as técnicas atualmente aplicadas no âmbito do Poder Judiciário para a busca pela autocomposição das partes são adequadas?

Comentário:

D) Na sua opinião, o que poderia ser feito para aprimorar a busca pela autocomposição no âmbito do Poder Judiciário?

Comentário:

ANEXO 2
Tabelas de Dados das Serventias
(PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – DGJUR – DEIGE)

Produtividade por Serventia - Janeiro de 2021							
Regional de Jacarepaguá	Acervo Geral	Tombados Gerais	Sentenças	Decisões	Arquivados	Audiências Marcadas	Audiências Realizadas
1ª Vara Cível	6.855	76	157	535	1	9	8
2ª Vara Cível	8.521	88	291	414	54	0	0
3ª Vara Cível	6.562	85	155	276	3	0	0
4ª Vara Cível	8.544	97	151	222	65	0	0
5ª Vara Cível	5.634	95	87	172	18	0	0
6ª Vara Cível	5.193	92	124	297	12	2	2
7ª Vara Cível	3.892	87	140	124	42	0	0
1ª Vara de Família	6.162	100	178	175	221	34	34
2ª Vara de Família	7.103	99	100	90	224	6	6
3ª Vara de Família	6.219	115	45	104	119	13	12
4ª Vara de Família	7.230	101	133	94	206	10	4

Produtividade por Serventia - Fevereiro de 2021							
Regional de Jacarepaguá	Acervo Geral	Tombados Gerais	Sentenças	Decisões	Arquivados	Audiências Marcadas	Audiências Realizadas
1ª Vara Cível	6.856	137	173	506	1	11	9
2ª Vara Cível	8.359	131	189	491	79	21	21
3ª Vara Cível	6.537	131	190	305	16	8	5
4ª Vara Cível	8.595	129	187	269	49	0	0
5ª Vara Cível	5.634	130	163	187	63	11	11
6ª Vara Cível	5.224	138	174	319	34	2	1
7ª Vara Cível	3.932	132	182	130	33	0	0
1ª Vara de Família	6.235	136	123	218	150	71	71
2ª Vara de Família	7.054	142	125	133	160	24	23
3ª Vara de Família	6.322	145	71	107	67	37	25
4ª Vara de Família	7.092	133	122	124	143	28	14

Produtividade por Serventia - Março de 2021

Regional Jacarepaguá	de Acervo Geral	Tombados Geral	Sentenças	Decisões	Arquivados	Audiências Marcadas	Audiências Realizadas
1ª Vara Cível	7.054	152	202	648	0	11	11
2ª Vara Cível	8.318	159	194	622	110	26	26
3ª Vara Cível	6.669	163	263	309	18	9	9
4ª Vara Cível	8.605	147	107	322	61	0	0
5ª Vara Cível	5.636	148	153	310	89	19	19
6ª Vara Cível	5.148	150	178	433	61	4	4
7ª Vara Cível	3.946	154	213	141	124	5	5
1ª Vara de Família	6.038	143	195	294	335	97	97
2ª Vara de Família	7.014	154	168	250	199	31	28
3ª Vara de Família	6.402	158	44	105	87	25	23
4ª Vara de Família	7.045	139	190	113	243	88	51

Produtividade por Serventia - Abril de 2021

Regional Jacarepaguá	de Acervo Geral	Tombados Geral	Sentenças	Decisões	Arquivados	Audiências Marcadas	Audiências Realizadas
1ª Vara Cível	7.108	148	197	774	0	16	16
2ª Vara Cível	8.377	157	220	540	61	0	0
3ª Vara Cível	6.684	158	215	275	7	5	5
4ª Vara Cível	8.653	158	189	286	51	0	0
5ª Vara Cível	5.669	159	165	219	85	4	4
6ª Vara Cível	5.117	140	147	454	53	2	2
7ª Vara Cível	3.882	141	163	186	65	19	19
1ª Vara de Família	6.084	169	155	286	197	82	82
2ª Vara de Família	6.986	140	152	223	204	22	19
3ª Vara de Família	6.388	136	77	100	171	36	21
4ª Vara de Família	7.064	136	133	144	148	59	38

Produtividade por Serventia - Maio de 2021

Regional Jacarepaguá	de Acervo Geral	Tombados Geral	Sentenças	Decisões	Arquivados	Audiências Marcadas	Audiências Realizadas
1ª Vara Cível	7.030	148	212	735	9	15	15
2ª Vara Cível	8.331	183	234	505	92	5	5
3ª Vara Cível	6.646	156	254	318	22	5	5
4ª Vara Cível	8.634	156	229	346	77	0	0

5ª Vara Cível	5.723	153	179	234	62	16	16
6ª Vara Cível	5.112	158	146	48	32	3	3
7ª Vara Cível	3.922	176	220	131	51	20	20
1ª Vara de Família	6.098	149	218	270	249	88	88
2ª Vara de Família	6.963	166	151	156	247	68	53
3ª Vara de Família	6.407	153	71	91	209	54	38
4ª Vara de Família	7.150	153	142	106	129	86	67

Produtividade por Serventia - Junho de 2021

Regional de Jacarepaguá	Acervo Geral	Tombados Gerais	Sentenças	Decisões	Arquivados	Audiências Marcadas	Audiências Realizadas
1ª Vara Cível	6.961	145	154	571	4	7	7
2ª Vara Cível	8.450	157	217	508	51	30	30
3ª Vara Cível	6.577	152	176	312	29	10	10
4ª Vara Cível	8.671	155	207	262	56	2	2
5ª Vara Cível	5.697	160	151	236	92	18	18
6ª Vara Cível	5.100	154	210	495	52	4	4
7ª Vara Cível	3.942	159	222	178	69	13	13
1ª Vara de Família	6.159	133	148	248	115	98	98
2ª Vara de Família	6.940	133	142	165	195	37	32
3ª Vara de Família	6.469	134	162	102	120	43	33
4ª Vara de Família	6.971	123	149	120	257	90	76

Produtividade por Serventia - Julho de 2021

Regional de Jacarepaguá	Acervo Geral	Tombados Gerais	Sentenças	Decisões	Arquivados	Audiências Marcadas	Audiências Realizadas
1ª Vara Cível	6.946	151	203	663	0	17	17
2ª Vara Cível	8.399	176	181	559	100	23	23
3ª Vara Cível	6.646	159	197	321	24	3	3
4ª Vara Cível	8.694	154	210	354	29	3	2
5ª Vara Cível	5.786	157	105	234	98	10	10
6ª Vara Cível	5.123	174	249	464	56	3	3
7ª Vara Cível	3.965	163	199	176	25	22	22
1ª Vara de Família	6.021	165	171	225	348	81	75
2ª Vara de Família	6.900	149	143	142	208	54	46
3ª Vara de Família	6.563	154	193	214	80	54	30
4ª Vara de Família	7.012	164	106	96	180	89	66

Produtividade por Serventia - Agosto de 2021

Regional de Jacarepaguá	Acervo Geral	Tombados Gerais	Sentenças	Decisões	Arquivados	Audiências Marcadas	Audiências Realizadas
1ª Vara Cível	6.913	145	197	716	7	14	14
2ª Vara Cível	8.367	156	265	635	62	26	26
3ª Vara Cível	6.746	155	196	370	15	7	7
4ª Vara Cível	8.816	165	230	282	34	3	2
5ª Vara Cível	5.757	164	143	348	63	6	6
6ª Vara Cível	5.199	178	227	549	55	6	6
7ª Vara Cível	4.004	163	213	177	118	17	17
1ª Vara de Família	5.905	148	213	325	276	75	73
2ª Vara de Família	6.690	136	154	161	382	68	63
3ª Vara de Família	6.521	127	195	151	231	54	45
4ª Vara de Família	6.941	180	183	125	232	81	67

Produtividade por Serventia - Setembro de 2021

Regional de Jacarepaguá	Acervo Geral	Tombados Gerais	Sentenças	Decisões	Arquivados	Audiências Marcadas	Audiências Realizadas
1ª Vara Cível	6.884	153	231	663	0	12	12
2ª Vara Cível	8.412	145	259	593	71	27	27
3ª Vara Cível	6.868	155	201	250	15	7	7
4ª Vara Cível	8.799	149	200	266	156	4	4
5ª Vara Cível	5.839	159	197	352	60	7	7
6ª Vara Cível	5.281	159	200	456	46	6	6
7ª Vara Cível	3.968	160	201	164	89	28	28
1ª Vara de Família	5.826	153	186	253	210	79	79
2ª Vara de Família	6.537	130	149	154	325	27	22
3ª Vara de Família	6.500	157	107	124	222	62	46

Produtividade por Serventia - Outubro de 2021

Regional de Jacarepaguá	Acervo Geral	Tombados Gerais	Sentenças	Decisões	Arquivados	Audiências Marcadas	Audiências Realizadas
1ª Vara Cível	6.866	155	95	506	3	7	7
2ª Vara Cível	8.308	167	165	465	89	25	25
3ª Vara Cível	6.901	152	186	188	5	8	8
4ª Vara Cível	8.836	168	53	209	5	9	8

5ª Vara Cível	5.873	173	186	297	42	5	5
6ª Vara Cível	5.237	159	198	465	55	10	10
7ª Vara Cível	3.971	162	214	153	67	15	15
1ª Vara de Família	5.573	140	185	222	385	63	60
2ª Vara de Família	6.556	114	130	218	153	27	26
3ª Vara de Família	6.508	167	140	161	133	65	49
4ª Vara de Família	6.941	140	95	100	159	76	59

Produtividade por Serventia - Novembro de 2021

Regional de Jacarepaguá	Acervo Geral	Tombados Gerais	Sentenças	Decisões	Arquivados	Audiências Marcadas	Audiências Realizadas
1ª Vara Cível	6.871	191	293	642	0	6	6
2ª Vara Cível	8.305	177	277	707	81	19	19
3ª Vara Cível	6.911	160	176	322	16	6	6
4ª Vara Cível	8.962	191	225	379	55	5	3
5ª Vara Cível	5.888	174	177	321	122	7	7
6ª Vara Cível	5.294	191	280	522	50	11	11
7ª Vara Cível	4.019	191	232	206	89	18	18
1ª Vara de Família	5.673	115	191	311	99	83	77
2ª Vara de Família	6.532	116	133	164	200	27	26
3ª Vara de Família	6.548	141	129	137	221	49	29
4ª Vara de Família	6.865	134	114	85	251	90	74

Produtividade por Serventia - Dezembro de 2021

Regional de Jacarepaguá	Acervo Geral	Tombados Gerais	Sentenças	Decisões	Arquivados	Audiências Marcadas	Audiências Realizadas
1ª Vara Cível	6.829	163	171	409	0	8	8
2ª Vara Cível	8.346	164	177	394	45	5	5
3ª Vara Cível	6.914	157	130	338	16	4	4
4ª Vara Cível	8.909	157	140	161	85	7	6
5ª Vara Cível	5.887	164	131	248	33	4	4
6ª Vara Cível	5.310	157	157	291	30	7	7
7ª Vara Cível	4.050	168	159	123	54	0	0
1ª Vara de Família	5.720	132	127	165	132	31	31
2ª Vara de Família	6.550	108	92	148	123	3	3
3ª Vara de Família	6.629	138	91	156	95	24	15
4ª Vara de Família	6.860	140	186	102	140	48	38

ANEXO 3
Compilação das Entrevistas

Questão A: Na sua opinião, caso houvesse uma reforma legislativa, a audiência de conciliação ou mediação, prevista no art. 334 do CPC, deveria ser:

Alternativa 1	Sim	Comentários
retirada do procedimento comum, deixando a cargo do juiz, de ofício ou mediante requerimento, marcar uma audiência de conciliação ou mediação, conforme as circunstâncias da causa.	3	“A grande maioria dos acordos ocorre quando as audiências são presididas pelos juiz. Não vejo benefício na audiência de conciliação ou mediação”. “A previsão genérica e impositiva da audiência pode contribuir apenas para retardar o andamento do processo, quando considerado o êxito obtido em audiências dessa natureza. Ao meu sentir, o Juiz, em cada caso, estaria melhor habilitado para esse fim”. “Não serve para nada. A maioria dos advogados são só audiencistas, assim como os prepostos e não conhecem o processo ou tem poderes de conciliar.”

Questão A: Na sua opinião, caso houvesse uma reforma legislativa, a audiência de conciliação ou mediação, prevista no art. 334 do CPC, deveria ser:

Alternativa 2	Sim	Comentários
mantida no procedimento comum, mas condicionada à manifestação positiva de vontade de ambas as partes (o autor teria que requerê-la na petição inicial e o réu não se opor à sua realização, ainda que tacitamente).	1	“A contestação pode ser apresentada antes ou depois da realização da audiência preliminar. Não acho que altere o resultado.”

Questão A: Na sua opinião, caso houvesse uma reforma legislativa, a audiência de conciliação ou mediação, prevista no art. 334 do CPC, deveria ser:

Alternativa 3	Sim	Comentários

mantida no procedimento comum, mas condicionada exclusivamente à manifestação positiva de vontade do autor, que teria que requerê-la na petição inicial.	0	

Questão A: Na sua opinião, caso houvesse uma reforma legislativa, a audiência de conciliação ou mediação, prevista no art. 334 do CPC, deveria ser:

Alternativa 4	Sim	Comentários
mantida no procedimento comum, na forma como se encontra hoje regulada.	0	

Questão B: Na sua opinião, já existe uma cultura consolidada de busca pela autocomposição das partes no âmbito do Poder Judiciário?

Sim	Não	Neutro	Comentários
	4		“Não existe esta cultura. Depende muito do que cada juiz ao realizar as audiências convencer as partes de realizar acordos.” “Não. Penso que a cultura do litígio e da solução imposta pelo Juiz, ainda predomina. A mudança de paradigma deve começar por partes e advogados, mas, também, pelos próprios tribunais, com a melhor estrutura dos CEJUSCs e formação de conciliadores/mediadores.” “Não. O Poder Judiciário acaba assumindo um papel que deveria ser resolvido pela sociedade.” “Não. A nossa cultura é voltada para o contencioso.”

Questão C: Na sua opinião, as técnicas atualmente aplicadas no âmbito do Poder Judiciário para a busca pela autocomposição das partes são adequadas?

Sim	Não	Neutro	Comentários
		3	“Entendo que não, em decorrência da baixa composição amigável.”

			“Não posso opinar, pois desconheço quais são as técnicas usadas no âmbito do TJRJ.”
	1		“Não. No caso da conciliação, faltam conciliadores para atender adequadamente aos órgãos judiciais. Falta também estímulo para que as empresas promovam a conciliação. Na maioria das vezes, as empresas usam prepostos que nada sabem sobre o processo.” “Não tenho conhecimento suficiente sobre o tema para opinar.”

Questão D: Na sua opinião, o que poderia ser feito para aprimorar a busca pela autocomposição no âmbito do Poder Judiciário?

Sim	Não	Neutro	Comentários
4			“Estimular a autocomposição na fase pré-processual, informando as partes sobre o benefício dos acordos extrajudiciais.” “Formação continuada de Juízes e Servidores. Formação continuada de Conciliadores e Mediadores. Cursos de formação integrados por Juízes, MP e Advogados para permitir o conhecimento do tema a partir de perspectivas diversas. Melhor estruturação dos CEJUSCs. Criação dos cargos de Conciliador e Mediador nos tribunais, visando a especialização e a dedicação exclusiva.” “Exigir o comparecimento de advogados e prepostos com intenção e capacidade para conciliar.”

O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A JUSTIÇA ARBITRAL E A JUSTIÇA ESTATAL NO BRASIL²¹⁸

THE CONFLICT OF JURISDICTION BETWEEN ARBITRAL AND STATE COURTS IN BRAZIL

Fernanda Bragança

Advogada e pesquisadora da FGV Justiça. Doutora em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pesquisadora visitante na Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: fernanda.braganca@fgv.br

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Professor Titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). E-mail: humbertodalla@gmail.com

Peter Sester

Advogado habilitado na Alemanha e no Brasil (OAB) e Professor da FGV Justiça. Doutor em Direito Comercial pela Universidade de Heidelberg (Uni HD) e Doutor em Economia pela Universidade de Humboldt de Berlim (HU Berlin). Livre-Docente pela Universidade de Marburg (Alemanha) em Direito Civil, Comercial e Comparado. Foi professor titular da Universidade de St. Gallen (HSG), na Suíça, da Universidade de Karlsruhe (KIT), onde sucedeu o Professor Gunther Teubner, e Diretor do Instituto Law & Finance da Universidade Goethe de Frankfurt am Main (UGF), na Alemanha. Também foi professor honorário da Universidade de Freiburg (UF), na Alemanha. E-mail: ps@petersester.com.br

RESUMO: O conflito de competência é um incidente processual regulado no Código de Processo Civil que tem gerado diversos debates na doutrina, em razão do necessário equilíbrio entre a justiça arbitral e o Poder Judiciário. Nesse sentido, um estudo da Fundação Getúlio Vargas fez um levantamento de todas as decisões em conflito de competência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, desde a

publicação da Lei 9.307/1996, a Lei de Arbitragem até julho de 2024. O problema de pesquisa consistiu em avaliar se o posicionamento do STJ em processos de conflito de competência é favorável ao instituto da arbitragem no Brasil. Tendo em vista a competência exclusiva do Tribunal para apreciar a matéria, a delimitação das hipóteses em que a competência do tribunal arbitral não é reconhecida é

²¹⁸ Artigo recebido em 07/02/2025 e aprovado em 18/02/2025.

mais precisa. Foram encontrados 17 acórdãos que trataram, especificamente, sobre o conflito de competência entre a justiça estatal e a justiça arbitral ou sobre a declaração de competência do tribunal arbitral. A análise de cada acórdão revelou que em apenas três casos de CC entre um Juízo estatal e um arbitral o STJ não reconheceu a competência do tribunal arbitral. Os fundamentos dessas decisões tratam de hipóteses bastante específicas, consolidadas tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o que permite afirmar que o STJ prestigia fortemente o instituto da arbitragem no país, alinhado aos melhores parâmetros de segurança jurídica internacionais. Este artigo compila e aprofunda sobre cada um desses resultados.

PALAVRAS-CHAVE: conflito de competência; arbitragem; Poder Judiciário; Superior Tribunal de Justiça; segurança jurídica.

ABSTRACT: The conflict of jurisdiction is a procedural incident regulated by the Code of Civil Procedure that has sparked extensive debate in legal doctrine, due to the need to balance arbitral justice and the Judiciary. In this regard, a study conducted by Getulio Vargas Foundation compiled all the decisions related to conflicts of jurisdiction within the scope of the Superior Court of Justice, from the enactment of Law n. 9.307/1996 (the Brazilian Arbitration Law) up until July 2024. The research problem consisted of assessing whether the position of the Superior Court of Justice in cases of

conflict of jurisdiction is favorable to the institution of arbitration in Brazil. In view of the exclusive competence of the Court to assess the matter, the delimitation of the cases in which the competence of the arbitration court is not recognized is more precise. Seventeen judgments were found that specifically addressed the conflict of jurisdiction between the state court and the arbitral court or the declaration of jurisdiction of the arbitral tribunal. The analysis of each judgment revealed that in only three cases of conflict of jurisdiction between a state court and an arbitral court the Superior Court of Justice did not recognize the jurisdiction of the arbitral tribunal. The foundations of these decisions deal with very specific hypotheses, consolidated both in doctrine and jurisprudence, which allows us to affirm that the Superior Court of Justice strongly supports the institution of arbitration in the country, aligned with the best international legal security parameters. This article compiles and delves into each of these results.

KEYWORDS: conflict of jurisdiction; arbitration; Judiciary; Superior Court of Justice; legal certainty.

INTRODUÇÃO: O INCIDENTE PROCESSUAL DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA

O conflito de competência (CC) é um incidente processual regulado no Código de Processo Civil (CPC), especificamente nos arts. 66 e seguintes, e ocorre em três hipóteses: (i) quando dois ou mais juízes se

consideram competentes para o julgamento do caso; (ii) quando se consideram incompetentes e atribuem um ao outro a competência; ou (iii) quando há controvérsia acerca da reunião ou da separação dos processos.

A hipótese de conflito de competência entre a justiça estatal e os tribunais arbitrais, embora não regulada nem no CPC nem na Lei nº 9.307/96, conta com uma jurisprudência já consolidada e construída a partir do surgimento de diversos casos concretos.

O conflito de competência entre o Poder Judiciário e a justiça arbitral ocorre quando há um questionamento sobre qual instância tem autoridade para resolver determinado litígio, dado que as partes podem ter acordado em submeter suas controvérsias a uma arbitragem, mas pode ocorrer de uma delas questionar se a questão necessariamente deve ser resolvida no âmbito de um procedimento arbitral.

Em regra, há que se prestigiar a autonomia das partes que estipularam a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral. De fato, se as partes, em contrato ou convenção, optaram por resolver suas disputas por meio de arbitragem, isso cria um compromisso de resolução fora do Judiciário ²¹⁹. No entanto, isso não significa que o tribunal arbitral tenha

uma competência ilimitada para resolver qualquer tipo de questão. Neste ponto reside o principal fundamento para instauração do conflito de competência.

A doutrina e a jurisprudência se unem em um certo consenso de que o Poder Judiciário não pode intervir nas questões que são próprias da arbitragem ²²⁰. Assim, a intervenção estatal deve ocorrer apenas em situações excepcionais ²²¹ como no controle de validade da cláusula compromissória ou em casos de nulidade da sentença arbitral (art. 32 da Lei de Arbitragem) ²²².

Cabe ressaltar que a análise desse tipo de conflito, por expressa previsão constitucional (Art. 105, I, “d” da CRFB), é do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O primeiro precedente que admitiu o conflito de competência entre tribunal arbitral e órgão judicial foi o CC nº 111.230 – DF, o qual declarou a competência do tribunal arbitral.

A novidade mais recente sobre o assunto diz respeito à discussão quanto ao conflito de competência entre tribunais arbitrais. Nesses casos, o STJ já decidiu não haver diferença entre um tribunal arbitral e um tribunal estadual para fins de exercício de jurisdição, de forma que cabe ao STJ resolver o conflito.

²¹⁹ Cf. SESTER, Peter. *Arbitragem: Teoria e Prática*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, pp. 45-75 e 135-160.

²²⁰ Cf. Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de Mediação e Arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Saraivajur, 2024.

²²¹ Cf. SESTER, Peter. *Comentários à Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96)*. São Paulo: Editora RT, 2018, pp. 230-260.

²²² Cf. Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraivajur, 2025.

Os precedentes que admitiram, pela primeira vez, o conflito de competência entre tribunais arbitrais foram o CC nº 185.702-DF e o CC nº 185.705-DF. Ambos foram relatados pelo ministro Marco Aurélio Bellizze e julgados no dia 22/6/2022. No seu voto, o relator afirmou que as câmaras de arbitragem precisam prever a solução de conflitos de competência entre tribunais arbitrais em seus regulamentos, pois são casos nos quais o Judiciário não precisa e nem deve intervir.

Um dos pontos mais sensíveis na discussão da arbitragem no Brasil diz respeito ao reconhecimento da jurisdição arbitral pelo Judiciário. De fato, os tribunais brasileiros e, particularmente, o STJ, desempenham um papel importante na consolidação do país enquanto uma jurisdição amigável à arbitragem. A jurisprudência nacional sobre o princípio *Kompetenz-Kompetenz*²²³ permite verificar que esse conceito é amplamente reconhecido e aplicado.

Um dos principais anseios dos arbitralistas é tornar o Brasil uma importante sede de arbitragem internacional²²⁴. Ocorre que para isso é preciso uma percepção fundamentada pela comunidade internacional quanto à segurança jurídica no país. Esse é um

dos pontos mais sensíveis da discussão jurídica da atualidade.

Diante desse cenário, o problema discutido no âmbito desse estudo é em que medida o STJ prestigia a competência do tribunal arbitral quando aprecia os incidentes de conflito de competência. A hipótese é que como o STJ é a única instância competente para apreciação dessa matéria, o procedimento arbitral restará fortemente privilegiado. A relevância do estudo sobre o tema é objetiva, pois o STJ, ao analisar os conflitos de competência entre os órgãos judiciais e os tribunais arbitrais, revela a evolução e a segurança jurídica do instituto da arbitragem, com prestígio à autonomia da vontade das partes, sempre com a perspectiva de melhoria da prestação jurisdicional.

1. METODOLOGIA

A pesquisa partiu de uma busca de decisões no site do STJ a partir do termo “arbitral”. Na sequência, foi empregado o filtro pela classe “conflitos de competência”. O estudo considerou todos os acórdãos prolatados até 18/07/2024. Cabe ressaltar que o primeiro caso de conflito de competência entre a justiça

²²³ Em regra, o próprio juízo arbitral julga a questão da competência. O controle é *ex post* por meio da ação anulatória ou da impugnação ao cumprimento de sentença, na forma do art. 33 da Lei nº 9.307/96, ressalvadas hipóteses teratológicas, como já reconhecido pelo STJ: “O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral ‘patológico’, i.e., claramente ilegal,

declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral. 5. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 1.602.076/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 15-9-2016, DJe 30-9-2016)

²²⁴ Cf. SESTER, Peter. *Arbitragem Internacional: Teoria e Prática*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2020, pp. 102 – 130.

estatal e a arbitral foi julgado pelo Tribunal da Cidadania em 2010.

Foram encontradas 43 decisões em conflito de competência que incluíram dez agravos internos, três agravos internos nos embargos de declaração, quatro embargos de declaração, um agravo regimental, um agravo interno nos embargos de declaração e um agravo interno nos embargos de declaração no agravo interno. Foram analisados, então, individualmente, 23 Acórdãos em conflitos de competência do STJ.

Desse conjunto, 17 acórdãos trataram, especificamente, sobre o conflito de competência entre a justiça estatal e a justiça arbitral ou sobre a declaração de competência do tribunal arbitral no STJ. As decisões analisadas foram compiladas na tabela 1 (ANEXO 1)

Cabe ressaltar que dois casos (CC nº 197.434 – SP e CC nº 154.064 – DF) não se referem a um conflito entre a justiça estatal e a justiça arbitral essencialmente, porém a sentença arbitral é um elemento importante no contexto dessa discussão e, por isso, foram considerados.

A maior parte dos casos de conflito de competência ocorreu entre um juízo estadual e o juízo arbitral. Há também três casos de conflito de

competência entre tribunais arbitrais e um entre o juízo trabalhista e o tribunal arbitral, como ilustra a figura

3. RESULTADOS

Do total de 17 acórdãos analisados, o STJ reconheceu a competência do tribunal arbitral em 10 casos. Em 4 casos²²⁵ a competência do tribunal arbitral não foi reconhecida, em 2 deles o conflito de competência não foi conhecido e em outro foi considerado prejudicado. A figura ANEXO 3 sintetiza esses resultados.

A tabela ANEXO 4 mostra o posicionamento do STJ em relação a cada conflito de competência entre a justiça estatal e a justiça arbitral analisados pela pesquisa.

3.1. CASOS EM QUE STJ TRATOU DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE TRIBUNAIS ARBITRAIS

Desde a publicação da Lei de Arbitragem, o STJ tratou de dois conflitos de competência entre tribunais arbitrais: o CC nº 185.702 – DF e o conflito de competência nº 185.705 – DF.

O CC nº 185.702 – DF²²⁶ teve como suscitante “J” S/A e como suscitados o tribunal arbitral do

²²⁵ De pronto, cabe ressaltar que no CC nº 154.064 – DF, não poder-se-ia reconhecer a competência do tribunal arbitral, tendo em vista o incidente ter sido instaurado entre duas Turmas do STJ. A discussão tinha como base a validade de sentença arbitral homologatória de rescisão contratual para fins de comprovação de vínculo empregatício.

²²⁶ STJ. Conflito de competência nº 185.702 – DF. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJe 30 jun. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200232916&dt_publicacao=30/06/2022. Acesso em: 24 jan. 2025.

procedimento arbitral n°. 186/2021 e o tribunal arbitral dos procedimentos arbitrais n°. 93/2017 e 110/2018, ambos em trâmite perante a Câmara de Arbitragem do Mercado.

Trata-se, como se constata, de conflito de competência entre tribunais arbitrais vinculados à mesma Câmara de arbitragem, em que o Regulamento da instituição arbitral é absolutamente silente em disciplinar a solução para o impasse criado entre os Tribunais arbitrais que proferiram, em tese, decisões inconciliáveis entre si, em procedimentos arbitrais que possuem pedidos e causa de pedir parcialmente idênticos. Inclusive, a própria presidência da Câmara reconheceu não ter atribuição para dirimir a questão.

Este foi o primeiro caso na jurisprudência do STJ que tratou sobre conflito de competência entre tribunais arbitrais. O ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do acórdão, reconheceu a competência do STJ para dirimir conflitos de competência entre tribunais arbitrais, com fundamento no art. 105, I, d, da Constituição Federal.

Neste caso, chama atenção que os tribunais arbitrais pertencem à mesma Câmara. Contudo, dentre as particularidades do procedimento arbitral está o fato de que essa instituição apenas administra o procedimento arbitral, sem deter nenhum poder jurisdicional para dirimir eventual impasse criado entre os tribunais arbitrais a ela vinculados. Assim, o poder jurisdicional é do tribunal arbitral devidamente constituído.

Os procedimentos arbitrais tiveram por propósito apurar a responsabilidade civil dos controladores, com base no art. 246 da Lei de Sociedades Anônimas (LSA), pelos danos advindos dos ilícitos indicados nos acordos de delação premiada e de leniência estabelecidos com o Ministério Público Federal.

No voto do relator, constata-se que o procedimento CAM 186/21 se mostra mais amplo que os procedimentos arbitrais CAM 93-110, na medida em que fundado, como visto, também no art. 159 da Lei n°. 6.404/1976, objetivando-se, pelos mesmos fatos, a responsabilização, não só dos controladores, mas também dos administradores e ex-administradores.

Com base nos arts. 159 e 246 da LSA, a interpretação que prevaleceu foi a de que, caso haja deliberação autorizativa e a companhia não promova a ação social de responsabilidade de administradores e/ou de controladores nos três meses subsequentes, qualquer acionista poderá promover a ação social *ut singuli* (§ 3º do art. 159). Ficou caracterizado nos autos que:

“a Companhia, assim que obteve autorização assemblear (AGE/2020), promoveu, de imediato (dentro do prazo legal de três meses da deliberação autorizativa) e nos exatos termos ali estabelecidos e em conformidade com Comitê ad hoc formado, o procedimento arbitral destinado a apurar, pelos mesmos e específicos

*fatos, a responsabilidade não só dos controladores, como também dos administradores e ex-administradores*²²⁷.

Desse modo, concluiu que:

*“Por tudo que se expôs, tem-se que o Procedimento arbitral CAM 186/21, além de atender a preceito basilar da arbitragem (autonomia da vontade e da confiança, em toda a sua extensão), foi manejado, tempestivamente e de acordo com a autorização assemblear, pela companhia titular do direito lesado em discussão, em legitimidade ordinária, devendo, pois, prevalecer sobre os Procedimentos Arbitrais CAM 93-110, intentados por parte ilegítima, nos termos da presente fundamentação, os quais deverão ser extintos*²²⁸.

Por sua vez, o CC nº 185.705 – DF²²⁹ teve como suscitante “J I S” e como suscitados o tribunal arbitral do procedimento CAM 186/21 da Câmara de arbitragem do mercado e o tribunal arbitral nos procedimentos CAM 93/17 e 110/18 da Câmara de arbitragem do

mercado. A discussão base foi a mesma do CC nº 185.702 – DF e a conclusão foi a mesma no sentido de declarar a competência do tribunal arbitral do procedimento arbitral CAM 186/21 para conhecer e julgar a ação social de responsabilidade dos administradores, ex-administradores e controladores, a ensejar, por consequência, a extinção dos procedimentos arbitrais CAM 93-110.

O CC nº 113.260 – SP teve como suscitante Pecuária Unit Santa Clara Ltda. e como suscitados a Câmara Arbitral do Comércio, Indústria e Serviços de São Paulo e a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo. Neste caso, a 2ª seção do STJ não conheceu, por maioria, do CC.

3.2. CASOS EM QUE STJ RECONHECEU A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL FRENTE À JUSTIÇA ESTATAL

O CC nº 159.162 – AM²³⁰ teve como suscitante a BNP PARIBAS e como suscitados a Corte de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio de Paris e o Juízo de Direito da 5ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho de Manaus. O objeto da ação

²²⁷ STJ. Conflito de competência nº 185.702 – DF. Rel. Marco Aurelio Bellizze, DJe 30 jun. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200232916&dt_publicacao=30/06/2022.

²²⁸ STJ. Conflito de competência nº 185.702 – DF. Rel. Marco Aurelio Bellizze, DJe 30 jun. 2022.

²²⁹ STJ. Conflito de competência nº 185.705 – DF. Rel. Marco Aurelio Bellizze, DJe 30 jun.

2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200234230&dt_publicacao=30/06/2022.

²³⁰ STJ. Conflito de competência nº 159.162 – AM. Rel. Ministro Maria Isabel Gallotti. DJe. 18 dez. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801457212&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em: 24 jan. 2025.

consistiu no exame da validade e da eficácia da cláusula de arbitragem em relação à pretensão de resolução contratual e indenização.

No caso, havia dois processos estabelecidos, um em uma Corte Arbitral, instaurado em 02/06/2014, embora suspenso por decisão judicial e outro em trâmite perante a Justiça Comum do Amazonas. De um lado, o Tribunal Amazonense se recusou a se pronunciar sobre a alegação de incompetência (ou ausência de jurisdição) para analisar a validade e eficácia da cláusula arbitral, sob o argumento de argüição mediante instrumento processual inadequado. De outro, a decisão agravada afirmou que a parte não poderia ter suscitado incompetência em contestação, mas como o fez, não pode suscitar conflito de competência. O relator inicial do processo, ministro Lázaro Guimarães, proferiu decisão não conhecendo do recurso, que foi agravada pelo suscitante, com a alegação de que haveria a possibilidade de invocar a convenção de arbitragem em preliminar de contestação, nos termos do art. 301, IX do Código de Processo Civil de 1973.

A relatora para o acórdão, ministra Maria Isabel Gallotti, observou que, até aquele momento, não havia um pronunciamento devidamente fundamentado sobre a questão. No voto, sob o amparo do princípio da economia processual e do princípio da razoável duração do processo,

conheceu do conflito e fixou a competência da Corte de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio de Paris para o exame da validade e eficácia da cláusula de arbitragem em relação à pretensão de resolução contratual e indenização proposta.

O CC nº 165.678 – SP²³¹ teve como suscitantes “DHCIEEL”, “JEGDAS”, “CGSDES”, “TGS” e “LGS” e como suscitado o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. No caso, houve o ajuizamento prévio de medidas urgentes perante a Justiça Estatal. Posteriormente, foi instaurada a arbitragem enquanto ainda pendente de julgamento apelação contra a sentença que julgara o processo cautelar. O Tribunal de Justiça de São Paulo declarou-se incompetente para prosseguir no julgamento da apelação e determinou a remessa dos autos ao Tribunal arbitral, contudo acolheu os embargos de declaração para decidir pela manutenção da verba honorária arbitrada em prol da interessada. Os suscitantes alegaram, portanto, que toda a matéria posta na apelação foi devolvida ao conhecimento da arbitragem, que poderia manter, alterar ou revogar a medida cautelar, dispondo, inclusive, a respeito da sucumbência, como consequência do exame do mérito do pedido cautelar.

A relatora, ministra Maria Isabel Gallotti, conheceu do conflito para declarar competente o Centro de

²³¹ STJ. Conflito de competência nº 165.678 – SP. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti. DJe. 12 nov. 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDo>

Acordao?num_registro=201901297742&dt_publicacao=12/11/2020. Acesso em: 24 jan. 2025.

Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá para o julgamento da apelação contra a sentença no processo cautelar, inclusive no que concerne aos ônus da sucumbência, com observância da jurisprudência do STJ, a qual determina que tudo que orbita o feito deve ser encaminhado ao escrutínio da arbitragem, inclusive a apreciação dos honorários advocatícios de sucumbência.

O CC nº 157.099 – RJ²³² teve como suscitante a OI S.A (em recuperação judicial) e como suscitados o Juízo de Direito da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro – RJ, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e a Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo. A questão que deu origem à presente controvérsia assenta-se no fato de ter constado no plano de recuperação judicial da suscitante a previsão da realização de aumento de capital da companhia (mediante capitalização de créditos quirografários, com emissão de ações ordinárias e bônus de subscrição), em montante que representaria aproximadamente doze bilhões de reais.

As questões relacionadas ao aumento de capital social – objeto da controvérsia que deu ensejo à apresentação do presente conflito de competência – encontram fundamento

na Lei das S/A (arts. 166 e seguintes), além dos arts. 6º e seguintes do Estatuto Social da recuperanda. De fato, o art. 68 obriga a companhia, seus acionistas, administradores e membros do Conselho Fiscal a resolver, por meio de arbitragem, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles relacionada a disposições da Lei das S/A ou de seu estatuto.

A sociedade que requereu a instauração do processo arbitral, BRATEL S.À.R.L., acionista minoritária da recuperanda, defendeu a competência do juízo arbitral, com a alegação de que questão a ele submetida cinge-se a apreciar conflito societário deflagrado no curso do processo de soerguimento, o que, em razão do disposto na Lei 6.404/76 (Lei das S/A) e no Estatuto Social da companhia (art. 68), não integra a esfera de competência do juízo recuperacional.

A ministra Nancy Andrighi, relatora para o acórdão conheceu do conflito e declarou a competência do juízo arbitral para decidir acerca de controvérsias societárias decorrentes de disposições da Lei das S/A ou do Estatuto Social da recuperanda.

O CC nº 150.830 – PA²³³ teve como suscitantes Agra Empreendimentos Imobiliários S.A., Agra Maligawa Incorporadora Ltda.,

²³² STJ. Conflito de competência nº 157.099 – RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi. DJe. 30 out. 2018. Disponível: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800513906&dt_publicacao=30/10/2018. Acesso em: 24 jan. 2025.

²³³ STJ. Conflito de competência nº 150.830 – PA. Rel. Marco Aurelio Bellizze. DJe. 16 out. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700249751&dt_publicacao=16/10/2018. Acesso em: 24 jan. 2025.

Esperança Incorporadora Ltda., Gundel Incorporadora Ltda., Orion Incorporadora Ltda., Torre de Ferrara Incorporadora Ltda. e Torre de Rhodes Incorporadora Ltda. e como suscitados o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá e o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível e Empresarial de Belém – PA.

A Agra Empreendimentos Imobiliários S.A e a Construtora Leal Moreira Ltda. ajustaram entre si, em 14/8/2007, Acordo para Desenvolvimento de Empreendimentos Imobiliários, por meio do qual se comprometeram a lançar, em conjunto, empreendimentos imobiliários a serem definidos em projetos arquitetônicos e demais projetos técnicos aprovados conjuntamente. Nesse sentido, foram constituídas 37 sociedades de propósito específicos ("SPEs") para a consecução dos projetos imobiliários.

Em 28/9/2012, por meio do Memorando de Entendimentos celebrado, entre Agra Empreendimentos Imobiliários S.A e Construtora Leal Moreira Ltda. e, como intervenientes-anuentes, as 37 SPEs, "as partes deliberaram pela rescisão integral do acordo para desenvolvimento de empreendimentos imobiliários, firmado em 14/8/2007 ('Acordo') por Leal Moreira e Agra". Nesse Memorando, as partes estipularam cláusula compromissória arbitral, a qual determinou que todas as questões relativas à interpretação e ao cumprimento das obrigações previstas neste instrumento que tenham natureza de processo de conhecimento (inclusive eventuais

Embargos à Execução, medidas liminares ou de antecipação de tutela), que não possam ser solucionadas amigavelmente pelas partes dentro de um prazo improrrogável de 30 dias, seriam submetidas à arbitragem, de acordo com as regras de Conciliação e Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, em procedimento a ser administrado pela Câmara.

Em 24/11/2016, a Leal Moreira Engenharia Ltda, promoveu ação de execução (Processo n. 0609695-73.2016.8.14.0301) contra as SPEs Torre de Ferrara Incorporada Ltda, Torre de Rhodes Incorporada Ltda., Esperança Incorporadora Ltda., Orion Incorporadora Ltda. e Gundel Incorporadora Ltda., perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível e Empresarial de Belém, tendo por lastro os "Contratos de Construção em Regime de Administração com Preço Alvo e Outras Avenças".

Em 23/01/2017, com esteio na cláusula compromissória arbitral constante do aludido "Memorando de Entendimentos", a Agra Empreendimentos Imobiliários S.A. promoveu requerimento de instauração de arbitragem contra Construtora Leal Moreira Ltda., Leal Moreira Engenharia Ltda., Maurício Leal Moreira, Kassy Vilhena de Medeiros Moreira e Carlos André Leal Moreira, perante o Centro de Arbitragem e Mediação — Câmara de Comércio Brasil Canadá (CCBC), tendo por objeto, entre outros, a extinção da Ação de Execução n. 0609695-73.2016.8.14.0301. A Leal Moreira Engenharia Ltda. apresentou objeção à

convenção de arbitragem, sob o argumento de não ser signatária do Memorando de Entendimentos de 28/9/2012, razão pela qual não poderia ser submetida à cláusula compromissória arbitral.

O ministro relator Marco Aurelio Bellizze conheceu do conflito de competência e evidenciou a existência de um procedimento arbitral destinado a dirimir questões relativas à existência, constituição ou extinção do crédito, entre outras matérias relacionadas ao contrato, contando com decisão proferida pelo Presidente da CCBC de manter, em caráter provisório, a Leal Moreira Engenharia Ltda. no procedimento arbitral. Com relação ao prosseguimento de execução, promovida por Leal Moreira Engenharia Ltda. e lastreada por contrato que alegadamente se submete aos efeitos da arbitragem iniciada, tendo o Juízo estatal deferido o levantamento de parte do valor depositado em conta judicial, o relator reconheceu a prejudicialidade externa entre a ação de execução e o procedimento que se desenvolve perante a Câmara Arbitral.

Em conclusão do voto, o relator reconheceu a competência do juízo arbitral e obistou o prosseguimento da execução perante o Juízo estatal enquanto não definida a discussão ou não advir deliberação em sentido contrário do Juízo arbitral reputado competente.

O CC nº 139.519 – RJ²³⁴ teve como suscitante a Petrobrás e como suscitados o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o tribunal arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio De Janeiro. O objetivo foi a definição da competência para decidir acerca da existência, da validade e da eficácia da cláusula compromissória de contrato de concessão, firmado para a exploração, o desenvolvimento e a produção de petróleo e gás natural, cujas condições para a execução foram alteradas unilateralmente pela Agência Nacional do Petróleo (ANP) por meio da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014.

A Petrobras foi vencedora da Rodada Zero de Licitações da ANP e arrematou uma série de pequenos campos de petróleo, celebrando contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural no Parque das Baleias. Em 05/02/2014, após dezesseis anos de vigência do contrato, a ANP editou a Resolução RD nº 69/2014, que previu uma cláusula econômica que determinou a unificação de todos os campos anteriormente arrematados, de modo a configurar um único grande campo de petróleo (Campo de Jubarte).

Em 17/04/2014, a Petrobrás deflagrou, com amparo no contrato de concessão (cláusula vigésima nona,

²³⁴ STJ. Conflito de competência nº 139.519 – RJ. Rel. Ministra Regina Helena Costa. DJe. 10 nov. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDo>

Acordao?num_registro=201500766352&dt_publicacao=10/11/2017. Acesso em: 24 jan. 2025.

item 29.4), a instauração de procedimento arbitral em face da ANP, perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI e, após sua instalação, requereu medida liminar de suspensão da Resolução RD nº 69/2014, a qual foi deferida até a ulterior deliberação dos árbitros.

A ministra relatora Regina Helena Costa conheceu e julgou procedente o conflito de competência para declarar competente o tribunal arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. No seu voto, observou que restou prematura a abertura da instância judicial, em descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 e os termos da convenção arbitral.

O CC nº 146.939 – PA²³⁵ teve como suscitante a Partout Administração de Franquias e Bens Ltda. e como suscitados o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível e Empresarial de Belém e o Juízo Arbitral do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo. Em 20/09/2013, a Partout Administração de Franquias e Bens Ltda. celebrou contrato de franquia exclusiva do Sistema Ri Happy para operação de loja franqueada no Shopping Pátio Belém com To Be Kids Comércio Varejista de Brinquedos Ltda. ("To Be Kids")

Nesse contrato de franquia, estipulou-se uma cláusula arbitral

compromissória que dispôs que "qualquer controvérsia, inclusive com relação à existência, validade ou interpretação deste instrumento seria decidida por arbitragem, de acordo com as regras e regulamento do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP)". A To Be Kids teria sido sucedida por Toys Comércio de Brinquedos Ltda. ("Toys"), que passou a efetivamente administrar e operar a loja franqueada no aludido Shopping, tendo em vista que as duas empresas (To Be Kids e Toys) comporiam o mesmo grupo econômico.

Em 16/10/2015, por conta de inadimplementos contratuais, o suscitante instaurou procedimento de arbitragem contra To be Kids e Toys, bem como contra outras franqueadas pertencentes à mesma relação jurídica e ao mesmo grupo econômico. Em 18/03/2016, o suscitante informou que o árbitro proferiu decisão em que manteve To Be Kids e Toys como partes do procedimento arbitral, enquanto o Juízo da 2ª Vara Cível e Empresarial de Belém, em 29/03/2016, deferiu a tutela provisória determinando a extinção do procedimento arbitral CAESP 596-021/20156.

O ministro relator, Marco Aurelio Bellizze, reconheceu que havia que se preservar a competência do Juízo arbitral para deliberar, em definitivo, sobre a sua competência para conhecer e julgar o litígio a ele submetido e tornou definitiva a liminar anteriormente deferida, a fim de

²³⁵ STJ. Conflito de competência nº 146.939 – PA. Rel. Marco Aurelio Bellizze. DJe. 30 nov. 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDo>

Acordao?num_registro=201601454222&dt_publicacao=30/11/2016. Acesso em: 24 jan. 2025.

reconhecer a competência do Juízo Arbitral do CAESP.

O CC nº 111-230 – DF²³⁶ teve como suscitante a “S E Ltda.” e como suscitados o tribunal arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá e o Juízo de Direito da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. A controvérsia tem origem em contrato de empreitada firmado entre a C. E. B. S/A e um consórcio de empresas formado entre S. E. Ltda. e EIT, para a construção de pequena Central Hidrelétrica no Estado de Rondônia. Em 09/01/2008, o barramento construído pelo consórcio teria se rompido, o que teria causado prejuízos cuja apuração tornou-se necessária. Segundo argumentou a suscitante, para a referida apuração, o contrato previu a possibilidade de se instaurar procedimento arbitral. Contudo, nos meses que se seguiram ao incidente, a C. E. B. S/A, em lugar de fazê-lo, ajuizou sucessivos processos cautelares.

A ministra Nancy Andrichi, relatora do caso, asseverou que “o indispensável fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96 torna indispensável que se preserve, na maior medida possível, a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito para as questões ligadas ao mérito da causa”. E, assim, conheceu

do conflito e declarou a competência do tribunal arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil - Canadá para apreciar o cabimento de eventuais medidas de conservação de patrimônio submetidas à apreciação do juízo da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, RJ, declarando a nulidade de todas as decisões proferidas por este juízo.

3.3. CASOS EM QUE STJ NÃO RECONHECEU A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL

O estudo de caso realizado pela pesquisa permitiu averiguar quatro conflitos de competência em que o STJ não reconheceu a competência do tribunal arbitral. São eles: CC nº 184.495 – SP, CC nº 154.064 – DF, CC nº 151.130 – SP e CC nº 148.932 – RJ.

O CC nº 184.495 – SP²³⁷ teve como suscitante a Prudential do Brasil Seguros de Vida S.A. e como suscitados o Conselho Arbitral do Estado de São Paulo e o Juízo da 83ª Vara do Trabalho de São Paulo. O caso envolveu duas partes que celebraram um contrato de franquia, o qual continha cláusula compromissória nos seguintes termos:

“23.13. Todas e quaisquer disputas oriundas ou relacionadas a este contrato, inclusive quanto a sua

²³⁶ STJ. Conflito de competência nº 111.230 – DF. Rel. Ministra Nancy Andrichi. DJe. 03 abr. 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000587366&dt_publicacao=03/04/2014. Acesso em: 24 jan. 2025.

²³⁷ STJ. Conflito de competência nº 184.495 – SP. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 30 jun. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103743233&dt_publicacao=01/07/2022.

existência, natureza, validade, eficácia, interpretação, execução e/ou rescisão envolvendo quaisquer das partes, inclusive seus sucessores a qualquer título, incluindo disputas quanto à natureza da relação jurídica estabelecida entre as partes e/ou entre a franqueadora e os sócios da master franqueada a, master franqueada b e corretora franqueada ('disputas') serão exclusivamente resolvidas por arbitragem, na forma acordada no anexo i deste contrato" (e-STJ fl. 122).

Após a rescisão do contrato de franquia, em virtude de não pagamento da multa contratual devida, a suscitante instaurou procedimento arbitral perante o Conselho Arbitral do Estado de São Paulo.

Paralelamente, o suscitado ajuizou uma reclamação trabalhista, com o intuito de que o contrato fosse declarado nulo, com o conseqüente reconhecimento da existência de vínculo empregatício. O Conselho Arbitral reconheceu a sua competência para a apreciação do procedimento arbitral instaurado pela suscitante, inclusive para decidir acerca de pedidos urgentes. Ao mesmo tempo, o Juízo do Trabalho proferiu decisão que deferiu o pedido de tutela provisória de urgência formulado nos autos da reclamatória trabalhista para determinar a suspensão da decisão proferida no procedimento arbitral.

O relator ministro Ricardo Villas Bôas Cueva observou a precedência da suposta relação empregatícia entre os suscitantes, que remontava ao ano de 2006, em relação ao contrato de franquia – firmado em 14/9/2020 - que deu origem ao procedimento arbitral e ao incidente de conflito de competência. Assim, somente a partir desta data, a relação entre as partes estaria embasada pelo referido contrato.

No seu voto, entendeu que diante da natureza peculiar das relações trabalhistas, seria temeroso conferir eficácia, com fundamento no art. 507-A da CLT, a uma cláusula compromissória inserida em um contrato que, formalmente, não se apresentava como um contrato individual de trabalho. Mesmo no que concerne à discussão acerca do reconhecimento do vínculo empregatício após a celebração do contrato de franquia pelas partes, não seria possível conferir eficácia à cláusula compromissória, tendo em vista que o juízo arbitral foi eleito para reger as relações entre franqueados.

Por outro lado, no que diz respeito à pretensão da franqueadora no procedimento arbitral, foi reconhecida a competência do juízo arbitral para dispor acerca da existência, da validade ou da eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Nessas circunstâncias, a 2ª seção, por unanimidade, entendeu pela impossibilidade de reunião dos processos e pela prejudicialidade entre eles. Assim, reconheceu a

competência do juízo trabalhista para decidir sobre a eventual existência de vínculo empregatício entre as partes, inclusive após a celebração do contrato de franquia, com a suspensão do procedimento arbitral até a julgamento da reclamação trabalhista.

O CC nº 151.130 – SP²³⁸ teve como suscitantes diversos grupos financeiros e como suscitados a Câmara de Arbitragem do Mercado, o Juízo Federal da 13ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

O propósito da instauração do incidente de conflito de competência foi determinar o órgão competente para apreciar a questão relativa ao alcance da cláusula arbitral contida no Estatuto Social da Petrobras, para saber se a União está vinculada a figurar como requerida no procedimento arbitral nº 75/2016 em razão da mencionada cláusula, ou se não existiria essa vinculação.

A instauração de procedimento arbitral em face da Petrobrás SA e da União teve por objeto o ressarcimento dos alegados prejuízos decorrentes da desvalorização das ações da Companhia relacionados ao suposto impacto da "Operação Lava-Jato", envolvendo propaladas notícias de corrupção na empresa.

A União requereu sua exclusão do procedimento arbitral, o que foi indeferido pelo presidente da Câmara de arbitragem, em 05/10/2016, em

deliberação inicial da matéria. A União ajuizou ação perante o Juízo Federal suscitado, com pedido de antecipação de tutela (ref. Processo nº 0025090-62.2016.4.03.6100), com vistas à declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigue a participar do procedimento arbitral instaurado pela CAM-BOVESPA, bem como à nulidade do procedimento. O Juízo Federal suscitado deferiu os efeitos da tutela antecipatória para desobrigar a União de participar do procedimento arbitral. Nessas circunstâncias, os suscitantes instauraram o conflito positivo de competência.

Em 08/05/2018, a ministra Nancy Andrighi, relatora do caso, em juízo de reconsideração, deferiu o pedido de tutela antecipada para sobrestar a ação declaratória em trâmite perante a 13ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo e para suspender a eficácia da decisão proferida pelo TRF da 3ª Região. Em face da referida decisão, a União interpôs agravo interno.

Em 22/04/2019, o tribunal arbitral proferiu sentença parcial que entendeu pela legitimidade passiva da União, sob o fundamento da aplicação da cláusula compromissória contida no Estatuto Social da Petrobras (art. 58) à União.

O ministro Luis Felipe Salomão, na condição de relator do voto vencedor, explicou que, em que pese a possibilidade da submissão do ente público à arbitragem, tal não autoriza a

²³⁸ STJ. Conflito de competência nº 151.130 – SP. Rel. Nancy Andrighi, Rel. para o acórdão Luis Felipe Salomão, DJe 11 fev. 2020. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700431738&dt_publicacao=11/02/2020.

utilização e extensão do procedimento arbitral à União na condição de sua acionista controladora.

Assim, embora a arbitragem seja permitida nas demandas societárias e naquelas envolvendo a administração pública, notadamente em se tratando de ente federativo, em que a própria manifestação de vontade deve estar condicionada ao princípio da legalidade, não se pode afastar a exigência de regramento específico que apresente a delimitação e a extensão de determinado procedimento arbitral ao sócio controlador.

Desse modo, o entendimento que prevaleceu é o de que o estatuto social da Petrobras expressa tão somente a vontade da companhia em submeter-se à arbitragem nas hipóteses expressamente indicadas – e não da União. A ausência de capacidade subjetiva da União, na hipótese, decorre da ausência de adesão à cláusula genérica inserta do Estatuto da Petrobras. Diante disso, foi declarada a competência do Juízo Federal suscitado.

O terceiro caso em que o STJ não reconheceu a competência do tribunal arbitral foi o CC nº 148.932 – RJ²³⁹, o qual teve como suscitante a Galvão Engenharia S/A – em recuperação judicial e como suscitados o Juízo de Direito da 7ª Vara Empresarial do Rio de

Janeiro, o Juízo de Direito da 25ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo e o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

A empresa Clark Reliance do Brasil Equipamentos Industriais requereu a instauração de procedimento arbitral perante o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá contra o consórcio UFN III e Sinopec Petroleum do Brasil Ltda., em que pleiteou o pagamento dos valores devidos e encargos moratórios relacionados a um contrato de fornecimento de equipamentos ao consórcio.

A Clark Reliance ajuizou ação cautelar preparatória do procedimento arbitral, distribuída ao Juízo da 25ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, que deferiu medida cautelar de arresto, determinando "a apreensão de todos os ativos financeiros porventura existentes em contas correntes/aplicações financeiras, através do sistema BACENJUD, até o limite da dívida, no valor de R\$ 1.192.642,20"²⁴⁰. A medida foi deferida, porém restou infrutífera, o que motivou o tribunal arbitral a determinar o reforço das medidas constritivas com a expedição de carta arbitral.

A suscitante Galvão Engenharia S/A alegou que os atos constritivos deferidos em desfavor do consórcio atingiriam seu patrimônio, uma vez que

²³⁹ STJ. Conflito de competência nº 148.932 – RJ. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe. 01 fev. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602517914&dt_publicacao=01/02/2018. Acesso em: 24 jan. 2025.

²⁴⁰ STJ. Conflito de competência nº 184.495 – SP. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 01 fev. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602517914&dt_publicacao=01/02/2018.

compunha o consórcio UFN III na razão de 65% e, além disso, os valores devidos deveriam estar submetidos ao regime da recuperação judicial. Observa-se, portanto, que a Galvão Engenharia não é parte no referido procedimento arbitral, mas é atingida como consorciada.

O relator do conflito de competência no STJ, ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, entendeu pela competência do Juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro para as medidas que impliquem a oneração ou alienação do patrimônio da sociedade em recuperação judicial, tal qual a Galvão Engenharia S/A.

É importante ressaltar que nesse grupo foi considerado o CC nº 154.064 – DF²⁴¹, que se deu entre as 2ª e 4ª Turmas do STJ. Em que pese não haver um incidente entre um órgão judiciário e o juízo arbitral, o caso discutiu sobre a validade de sentença arbitral homologatória de rescisão contratual para fins de comprovação de vínculo empregatício. O Coordenador-Geral do Seguro-Desemprego, do Abono Salarial e Identificação Profissional recusou a concessão do seguro-desemprego a um ex-funcionário demitido sem justa causa, cuja rescisão do contrato de trabalho foi submetida ao crivo da Câmara Arbitral Cidade de São Paulo – CACISP, ao fundamento de que o vínculo empregatício não havia sido comprovado. Assim, foi condicionado o deferimento do seguro-desemprego à

homologação da dispensa pelo sindicato da categoria do trabalhador ou pelo Ministério do Trabalho, em virtude da impossibilidade da percepção do benefício previdenciário por meio de sentença arbitral. Foi impetrado mandado de segurança, o qual foi denegado pelo Juízo de 1º grau, por entender pela inviabilidade de liberação do seguro-desemprego ante a inadmissibilidade da arbitragem para lides trabalhistas.

A apelação foi monocraticamente desprovida, o que foi confirmado pelo Tribunal Regional em sede de agravo interno intentado pelo Ministério Público Federal (MPF), tendo considerado que "para efeito de recebimento de seguro-desemprego não se aplicariam aos dissídios trabalhistas individuais a instituição da arbitragem".

O MPF interpôs REsp com base no art. 31 da Lei n. 9.307/1996 no art. 447, §§ 1º e 3º, da CLT, uma vez que a rescisão contratual, para fins de obtenção do seguro-desemprego, pode ser demonstrada por meio de sentença arbitral que homologa a rescisão. A Corte Especial do STJ, então, por unanimidade, conheceu do CC e declarou competente a 4ª Turma do STJ para decidir a matéria.

Em suma, nos conflitos de competência analisados pelo estudo, o STJ só não reconheceu a competência do tribunal arbitral nas seguintes hipóteses: (i) discussão sobre a existência de vínculo empregatício

²⁴¹ STJ. Conflito de competência nº 154.064 – DF. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. DJe. 24 mai. 2021. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702148610&dt_publicacao=29/06/2021. Acesso em: 3 fev. 2025.

entre as partes; (ii) extensão de determinado procedimento arbitral ao sócio controlador quando for um ente federativo e (iii) determinação de medidas que impliquem a oneração ou alienação do patrimônio de companhia em recuperação judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo evidenciou três pontos principais: (i) a quantidade pouco expressiva de incidentes de conflitos de competência no STJ; (ii) o amplo reconhecimento da jurisdição arbitral pelo Tribunal da Cidadania e (iii) a ausência do Poder Público como suscitante ou suscitado nesses incidentes.

Dos 17 acórdãos em conflito de competência do STJ, julgados, em maior parte, pela 2ª seção, apenas três não reconheceram a competência do tribunal arbitral. Cabe ressaltar que em todas essas hipóteses há fundamentação normativa e doutrinária consolidadas para respaldar a competência da justiça estatal, de modo que esses resultados fortalecem a segurança jurídica do instituto da arbitragem e do sistema de justiça brasileiro. Um fato que merece destaque e que corrobora nesse sentido é a competência exclusiva do STJ para julgar a matéria.

Não foram encontrados julgados em conflitos de competência com o envolvimento do Poder Público como parte suscitante ou suscitada, nem mesmo após a Lei nº 13.129 de 2015, que previu expressamente o uso da arbitragem e buscou impulsionar e proporcionar mais segurança jurídica

ao procedimento com a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de Mediação e Arbitragem*, 3ª edição, São Paulo: Saraivajur, 2024.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de Processo Civil Contemporâneo*, 7ª edição, São Paulo: Saraivajur, 2025.
- SALOMÃO, Luis Felipe et al. Conflito de competência: interfaces entre a justiça estatal e arbitral. Rio de Janeiro: FGV, 2024. Disponível em: https://justica.fgv.br/sites/default/files/2024-12/estudo_conflito_de_competencia.pdf. Acesso em: 24 jan. 2025.
- SESTER, Peter. *Arbitragem: Teoria e Prática*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, pp. 45-75 e 135-160.
- SESTER, Peter. *Arbitragem Internacional: Teoria e Prática*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2020, pp. 102 – 130.
- SESTER, Peter. *Comentários à Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96)*. São Paulo: Editora RT, 2018, pp. 230-260.
- STJ. Conflito de competência nº 185.702 – DF. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJe 30 jun. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200232916&dt_publicacao=30/06/2022. Acesso em: 24 jan. 2025.

- STJ. Conflito de competência nº 185.702 – DF. Rel. Marco Aurelio Bellizze, DJe 30 jun. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200232916&dt_publicacao=30/06/2022.
- STJ. Conflito de competência nº 185.705 – DF. Rel. Marco Aurelio Bellizze, DJe 30 jun. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200234230&dt_publicacao=30/06/2022.
- STJ. Conflito de competência nº 159.162 – AM. Rel. Ministro Maria Isabel Gallotti. DJe. 18 dez. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801457212&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em: 24 jan. 2025.
- STJ. Conflito de competência nº 165.678 – SP. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti. DJe. 12 nov. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901297742&dt_publicacao=12/11/2020. Acesso em: 24 jan. 2025.
- STJ. Conflito de competência nº 157.099 – RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi. DJe. 30 out. 2018. Disponível: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800513906&dt_publicacao=30/10/2018. Acesso em: 24 jan. 2025.
- STJ. Conflito de competência nº 150.830 – PA. Rel. Marco Aurelio Bellizze. DJe. 16 out. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700249751&dt_publicacao=16/10/2018. Acesso em: 24 jan. 2025.
- STJ. Conflito de competência nº 139.519 – RJ. Rel. Ministra Regina Helena Costa. DJe. 10 nov. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500766352&dt_publicacao=10/11/2017. Acesso em: 24 jan. 2025.
- STJ. Conflito de competência nº 146.939 – PA. Rel. Marco Aurelio Bellizze. DJe. 30 nov. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601454222&dt_publicacao=30/11/2016. Acesso em: 24 jan. 2025.
- STJ. Conflito de competência nº 111.230 – DF. Rel. Ministra Nancy Andrighi. DJe. 03 abr. 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000587366&dt_publicacao=03/04/2014. Acesso em: 24 jan. 2025.
- STJ. Conflito de competência nº 184.495 – SP. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 30 jun. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103743233&dt_publicacao=30/06/2022.

- ao=01/07/2022. Acesso em: 24 jan. 2025.
- STJ. Conflito de competência nº 151.130 – SP. Rel. Nancy Adrigli, Rel. para o acórdão Luis Felipe Salomão, DJe 11 fev. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700431738&dt_publicacao=11/02/2020. Acesso em: 24 jan. 2025.
- STJ. Conflito de competência nº 148.932 – RJ. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe. 01 fev. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602517914&dt_publicacao=01/02/2018. Acesso em: 24 jan. 2025.
- STJ. Conflito de competência nº 154.064 – DF. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. DJe. 24 mai. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702148610&dt_publicacao=29/06/2021. Acesso em: 3 fev. 2025.

ANEXO 1

Tabela 1 - Decisões do STJ em conflito de competência de 2004 a 2024

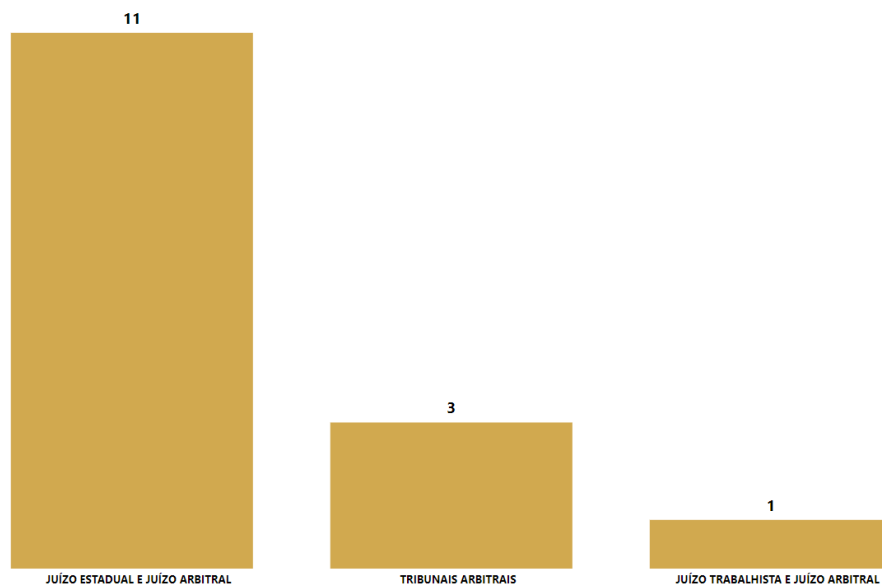
Número do processo	Ano do julgamento
Conflito de competência nº 197.434 - SP	2023
Conflito de competência nº 184.495 - SP	2022
Conflito de competência nº 185.702 - DF	2023
Conflito de competência nº 185.705 - DF	2022
Conflito de competência nº 154064 - DF	2021
Conflito de competência nº 159.162 - AM	2020
Conflito de competência nº 165.678 - SP	2020
Conflito de competência nº 166.681 - PA	2020
Conflito de competência nº 151.130 - SP	2019
Conflito de competência nº 157.099 - RJ	2018
Conflito de competência nº 150.830 - PA	2018
Conflito de competência nº 148.932 - RJ	2017
Conflito de competência nº 139.519 - RJ	2017
Conflito de competência nº 146.939 - PA	2016
Conflito de competência nº 111.230 - DF	2013
Conflito de competência nº 122.439 - RJ	2013
Conflito de competência nº 113.260 - SP	2010

 Fonte: FGV²⁴²

²⁴² SALOMÃO, Luis Felipe et al. Conflito de competência: interfaces entre a justiça estatal e arbitral. Rio de Janeiro: FGV, 2024. Disponível em: https://justica.fgv.br/sites/default/files/2024-12/estudo_conflito_de_competencia.pdf. Acesso em: 24 jan. 2025.

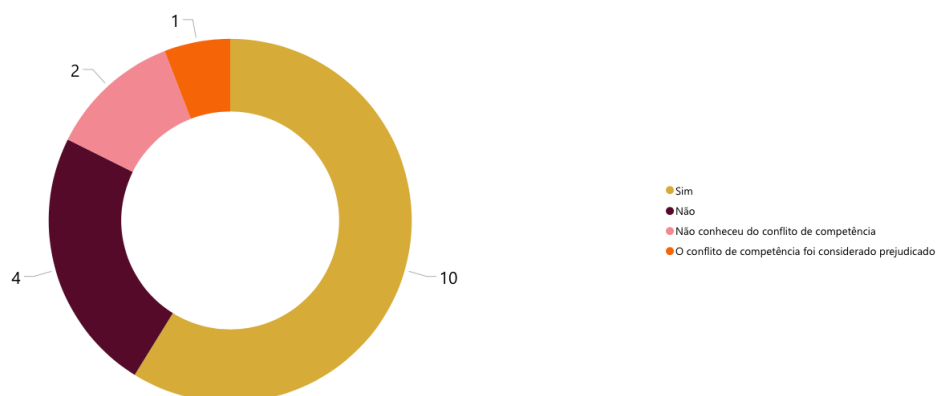
ANEXO 2

Figura 1 – Decisões em conflito de competência analisadas pela pesquisa:



ANEXO 3

Figura 2 - Posicionamento do STJ nos conflitos de competência entre a justiça estatal e a justiça arbitral



ANEXO 4

Tabela 2 - Posicionamento do STJ em cada conflito de competência

Número do processo	O STJ reconheceu a competência do juízo arbitral?
Conflito de competência nº 197.434 - SP	Sim
Conflito de competência nº 184.495 – SP	Não
Conflito de competência nº 185.702 – DF	Sim*
Conflito de competência nº 185.705 – DF	Sim*
Conflito de competência nº 154.064 – DF	Conflito de competência entre duas Turmas do STJ
Conflito de competência nº 159.162 – AM	Sim
Conflito de competência nº 165.678 – SP	Sim
Conflito de competência nº 166.681 – PA	Não conheceu do conflito de competência
Conflito de competência nº 151.130 – SP	Não
Conflito de competência nº 157.099 – RJ	Sim
Conflito de competência nº 150.830 – PA	Sim
Conflito de competência nº 148.932 – RJ	Não
Conflito de competência nº 139.519 – RJ	Sim
Conflito de competência nº 146.939 – PA	Sim
Conflito de competência nº 111.230 – DF	Sim
Conflito de competência nº 122.439 – RJ	O conflito de competência foi considerado prejudicado
Conflito de competência nº 113.260 – SP	Não conheceu do conflito de competência

*Nesses dois casos, o STJ determinou qual dos dois tribunais arbitrais era competente.

THE ROLE OF THE BGH AND THE STJ AS COURTS FORMING JUDICIAL PRECEDENTS AND THE UNITY OF LAW IN GERMANY AND BRAZIL²⁴³

O PAPEL DO BGH E DO STJ COMO TRIBUNAIS FORMADORES DE PRECEDENTES JUDICIAIS E A UNIDADE DO DIREITO NA ALEMANHA E NO BRASIL

Gisele Mazzoni Welsch

Pós-doutora pela Universidade de Heidelberg (Alemanha). Doutora e Mestre em Teoria da Jurisdição e Processo pela PUC-RS. Especialista em Direito Público pela PUC-RS. Professora de cursos de graduação e pós-graduação “lato sensu” em Processo Civil. Advogada e parecerista. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: gisele@welschmedeiros.com.br.

ABSTRACT: This study is the comparative analysis of the role of the German and Brazilian superior courts – specifically, BGH and STJ – from the perspective of promoting the uniformity of jurisprudence. Next, the influences of the German civil process on the formation and development of the Brazilian civil process are highlighted. At the end, the roles and procedures adopted by the BGH and the STJ as courts committed to promoting the development and unity of law will be examined.

KEY-WORDS: BGH – STJ - unity of law - uniformity of jurisprudence – superior courts - German civil process - Brazilian civil process

RESUMO: Este estudo consiste na análise comparativa do papel dos tribunais superiores alemães e brasileiros – especificamente, BGH e STJ – na perspectiva de promover a uniformidade da jurisprudência. A seguir, são destacadas as influências

do processo civil alemão na formação e no desenvolvimento do processo civil brasileiro. Ao final, serão examinados os papéis e procedimentos adotados pelo BGH e pelo STJ como tribunais comprometidos com a promoção do desenvolvimento e da unidade do direito.

PALAVRAS-CHAVE: BGH – STJ - unidade do direito - uniformidade da jurisprudência – tribunais superiores - processo civil alemão - processo civil brasileiro

INTRODUCTION

The purpose of the present study is the comparative analysis of the role of the German and Brazilian superior courts – specifically, BGH and STJ – from the perspective of promoting the uniformity of jurisprudence. Although there is no model of binding to judicial precedents as a judgment technique in Germany as there is in Brazil, in CPC/15, the commitment to the

²⁴³ Artigo recebido em 12/11/2024 e aprovado em 24/07/2025.

uniformity of jurisprudence permeates the German legal system, including in civil procedure. In this sense, see, for example, the procedural provision of the *Revision* appeal, which has as admissibility requirements the need for uniformity of understanding on a given matter (*Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*) and the preservation of legal certainty (*Rechtssicherheit*). They both grant the decisions of the BGH (*Bundesgerichtshof*) authority and compliance with the system in general, with the court exercising an important prospective/forward-looking function.

In order to seek an effective contribution to a better and more qualified jurisprudence by the Brazilian Superior Court of Justice, we will highlight the influences of the German civil process for the formation and development of the Brazilian civil procedure. Then, we will move on to the analysis of the common approaches and challenges between the two systems, through the approach of the dogma and doctrine of both countries. To this end, the study of the evolution of the main legislative reforms to the current panorama will be of fundamental value.

In the end, we will confront the roles and procedures adopted by the BGH and the STJ as precedent cuts committed to the promotion of development and unity of the law. The aim will be to contribute to the better functioning of the Brazilian Superior Court, based on the German paradigm.

1. CURRENT OVERVIEW OF CIVIL PROCEDURE IN GERMANY AND IN BRAZIL: APPROACHES AND COMMON CHALLENGES

1.1. GERMAN CIVIL PROCEDURE: THE ZIVILPROZESSORDNUNG – ZPO AND THE MAIN REFORMS

The German Civil Procedure Code (*Zivilprozessordnung* – ZPO) was promulgated in 1877 (effective in 1879) and has undergone several subsequent legislative amendments. In the first decade of the 20th century, after the end of the First World War, the Austrian procedure started to influence the German civil procedure. Consequently, it has moved away from the liberal canons (French influence) which inspired the promulgation of the ZPO of 1877 with the restriction of the autonomy of the parties (*Parteiherrschaft*) and the corresponding increase in the powers of the judge.²⁴⁴

After the Second World War, Germany was in ruins, with severe economic, social, political and military damage, and its reconstruction was necessary. Thus, the Nazi legal framework was deconstructed and the creation of the German Democratic Republic (DDR) had divided the country. The consequence was the emergence of two distinct legal orders, one Soviet and socialist and the other democratic, marked by the promulgation of the Basic Law

²⁴⁴ Beneduzi, *Introdução ao processo civil alemão*, 2015, p. 22.

(*Grundgesetz*) in 1949. Since then, the democratic values and the protection of fundamental human rights have reinvigorated, and a true constitutionalization of the civil procedure (*Konstitutionalisierung*) has been witnessed with the dogmatic construction of certain fundamental procedural rights, such as the right to the administration of justice (*Justizgewährungsanspruch*).²⁴⁵⁻²⁴⁶

The division into two separate legal systems only broke up with Reunification in 1990 with the abolition of GDR and with the entry of the new *Bundesländer* into the Federal Republic. Thus, the ZPO of 1877 was once again in force throughout Germany, including the states that were part of the former DDR.²⁴⁷

Since the 1970s, the concern has been to simplify (*Vereinfachung*) and speed up (*Beschleunigung*) procedures, and to guarantee access to justice. The German civil procedure has received some instruments and procedures aimed at achieving speed and effectiveness such as provisional execution.²⁴⁸ In 2001, there was a reform in the appeals court, with

emphasis on the monocratic trial,²⁴⁹ on the procedural simplification and on the change of the system of appeal into an instrument for error control (*Instrument zur Fehlerkontrolle*).²⁵⁰

The reform on the monocratic trial dealt with the possibility for the appeals court not to admit an appeal, without an analysis of the merits, when it is unanimous that the appeal has no chance of success (*keine Aussicht auf Erfolg*), the legal issue has no fundamental significance (*keine grundsätzliche Bedeutung*) and the development of the law or the preservation of a unified jurisprudence in the interest of legal certainty²⁵¹ do not require a decision of the appeals court. Peter L. Murray and Rolf Stürner on this point:

The July 2001 reforms have introduced an additional opportunity for the court to dispose of patently non-meritorious appeals in a summary manner. If as a result of the preliminary review the appeals court is of the unanimous conviction that 1) the appeal has no chance of

²⁴⁵ Habscheid, Der Anspruch auf Rechtspflege. ZJP 67 (1954), p. 194.

²⁴⁶ German Civil Procedural Law is a branch of public law (*öffentliches Recht*), precisely because it regulates the exercise of the civil service of the jurisdiction, such as Brazilian civil procedural law.

²⁴⁷ Beneduzi (footnote 1), p. 24/25.

²⁴⁸ Jauernig/Hess, *Zivilprozessrecht*, 30th ed., 2011, p. 249.

²⁴⁹ Beneduzi (footnote 1), p. 45.

²⁵⁰ Barbosa Moreira pondered that such a reform sought to move the ZPO away from the model that makes the second instance a

novum iudicium and not a mere instrument of control and eventual correction of errors committed in the first instance (*revisio prioris instantiae*). (Barbosa Moreira, Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: *Temas de direito processual*, 2004, p. 204).

²⁵¹ In the German legal system, legal certainty derives from the principle of the rule of law (*Rechtsstaatsprinzip* – Article 20 (3) of the German Basic Law (*Grundgesetz*); see Hömig/Wolff (org.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Handkommentar*. 11th ed., 2016, p. 287.

*success (keine Aussicht auf Erfolg); 2) the legal issue has no fundamental significance (keine grundsätzliche Bedeutung); and 3) the development of the law or the preservation of a unified case law does not require a decision of the appellate court, the court can dismiss the appeal as unmeritorious.*²⁵²

The influence of the US Law is visible in the German civil procedure²⁵³, especially in the field of probatory law, such as the duty of the parties, and also of the third parties to display certain documents, an amendment introduced in the ZPO in 2002.

Therefore, the most important reforms in ZPO were those promoted by the law of 27.07.2001 – in force since 01.01.2002²⁵⁴ –, in addition to the law of 13.07.2001, which renewed the provision of the form of legal acts, adapting them to the technological development of the means of information and communication (electronic documents and hearing by videoconference, for example). There was also the reform of the provision of *subpoenas* (*Zustellungsreformgesetz*), of 25.06.2001.²⁵⁵

The two main points of the reform concern the strengthening of the first degree of jurisdiction and the revision of the appeals system²⁵⁶ to seek greater speed and procedural economy. To this end, the German legislator invested in the means for litigants to be able to foresee the probable outcome throughout the process²⁵⁷. The scope was to enable the parties to assess the real need to submit the case to the Appellate Court based on the existence of errors.²⁵⁸

The German ZPO has also been amended in recent years to adapt to technological innovations (electronic communication of procedural acts, for example). The development of arbitration and mediation also reveals the concern of the German civil procedure with the "dejudicialization" of dispute resolution (as in Brazil), such as, for example, the publication of the Mediation Act (*Mediationsgesetz*) in 2012.

In 2002, the current wording was given to the § 139 of the ZPO, which deals with the cooperation²⁵⁹ between judge and parties, certainly an important source of inspiration for the Brazilian civil procedure, although there was already a provision in the CPC/73 regarding the duty of a third

²⁵² Murray/Stürner, *German civil justice*, 2004, p. 378-379.

²⁵³ Christoph A. Kern explains that, as in other countries of the world, in Germany, the main task of civil procedure is the realization of the subjective rights assigned to individuals based on the legal, political and social order in force. (Kern, O processo civil dos EUA e da Alemanha numa análise comparativa. *Revista de Processo* 227 (jan/2014)).

²⁵⁴ Gilles, Civil court proceedings, technology and "E-Procedural Law". In: Gilles/Pfeiffer (org.), *Neue Tendenzen im Prozessrecht*, 2008, p. 166/167.

²⁵⁵ Barbosa Moreira (footnote 7), p. 199.

²⁵⁶ Oberheim, *Die Reform des Zivilprozesses*, 2001, p. 3/4.

²⁵⁷ Barbosa Moreira (footnote 7), p. 200/201.

²⁵⁸ Rimmelspacher, *Zivilprozessreform 2002*, 2002, p. 92.

²⁵⁹ Jauernig/Hess (footnote 5), p. 104.

party to display documents through a court order. This cooperation is taken as a fundamental rule of the process in art. 6 of ZPO and also as an instrument to optimize the instruction in art. 357, § 3 of the CPC/15²⁶⁰ as the duty of the judging body to take into consideration when judging the relevant points, in fact and in law, raised by the parties and to confront them in the grounds for the decision.²⁶¹ The duty of prohibiting surprise is also perceived, since the § 139(3) of the ZPO requires the Court to warn the parties to cognizable points by law on which they have not yet manifested themselves, allowing them to speak in time.²⁶²

As already mentioned, the reform of 2001 promoted adaptations and updates in the recursive scenario, especially regarding *Berufung* (Appeal), aiming, essentially, at turning it into a mechanism for control and correction of errors. However, the jurisprudence of the BGH, since the reform, understands that the court must consider the new facts that arose in the appeal instance.²⁶³ Moreover, the

reform expands the possibilities that one of the members of the court will judge the *Berufung*, instead of the collegium, by its decision. Paragraph 526, 1st paragraph of the ZPO lists the situations in which this can be the case, such as when the matter does not present special difficulties as to the facts and law involved or when the legal issue has no fundamental significance.²⁶⁴

Revision is the analogous appeal to the Brazilian special appeal and has the function of protecting the objective law and ensuring uniformity of jurisprudence. The revisable objective law, different from the Brazilian provision, covers not only the federal law (*Bundesrecht*) but also certain state law rules, the European and the foreign law rules, except for the administrative acts.²⁶⁵ As a rule, appeals may be lodged against final decisions (*Endurteile*) handed down in appeal proceedings (§ 542(1) ZPO), but also exceptionally against certain interlocutory decisions (*Zwischenurteile*). A decision on the

²⁶⁰ Art. 6. All subjects of the proceedings must cooperate to obtain, a fair and effective decision on the merits of the case within a reasonable time.

Art. 357. If none of the hypotheses of this Chapter occur, the judge, in a decision of reforming and organization of the procedure, shall observe the following: (...) § 3º If the cause is complex in terms of fact or law, the judge shall designate a hearing so that the reorganization can be done in cooperation with the parties, at which time the judge, if appropriate, shall invite the parties to integrate or clarify their allegations.

²⁶¹ Barbosa Moreira (footnote 7), p. 202.

²⁶² Another undeniable influence on the Brazilian civil process, which consecrated in

the CPC/15, as a fundamental rule, the art. 10, which provides on the prohibition of the surprise decision: “Art. 10. The judge cannot decide, in any degree of jurisdiction, based on which the parties have not been allowed to manifest themselves, even if it is a matter on which he must decide *ex officio*”.

²⁶³ Roth, Zur Überwindung gesetzgeberischer Modellvorstellungen im zivilprozessualen Berufungsrecht durch das bessere Argument der höchstrichterlichen Rechtsprechung. In: Gsell/Hau (org.). *Rechtsmittel im Zivilprozess – Hommage an Bruno Rimmelspacher*, 2019, p. 29.

²⁶⁴ Barbosa Moreira (footnote 7), p. 207/208.

²⁶⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*. 15th ed., 1993, p. 829.

granting of emergency protection is not subject to *Revision* (§ 542(2) ZPO).²⁶⁶

There are two kinds of *Revision*:
1) *Zulassungsrevision* (by admission)²⁶⁷ which must be granted if the challenged judgment decides a legal question of fundamental importance (*grundsätzliche Bedeutung*), if a decision of the BGH is warranted in the interest of the development of the law (*Fortbildung des Rechts*) or if a decision of the BGH is necessary to ensure the uniformity of jurisprudence (*Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*);²⁶⁸
2) *Sprungrevision* (*per saltum*) suitable for a first-degree judgment and brought directly before the BGH if both parties agree to the "leap" and if it exceeds the jurisdiction value of 600 euros, in addition to the requirements of the *Revision* (§ 566 ZPO).²⁶⁹

The appeal of *Revision* must be lodged within a period of one month, whose initial term is the service of the judgment (*Zustellung*) and not the *Verkündung* (public notice). The request for *Revision* must be signed by a lawyer with specific (and exclusive) authority to act before the BGH (the point will be dealt with in chapter three). The appeal may be made before the deadline has run its full course,

without any risk of untimeliness (§ 312(2) ZPO). The deadline for filing a request for *Revision* is not to be confused with the deadline for filing the reasons for the appeal (*Revisionsbegründung*), and the simultaneous filing of the reasons is possible, whose deadline is two months from service of the judgment (§ 551(2) ZPO). Therefore, the appeal of *Revision* must be reasoned (§ 554(3)), and the content must include the request for revision, with a statement of the points of objection to the decision, as well as the legal question of fundamental importance.²⁷⁰

The same provision concerning the time limits for lodging the appeal and the reasons for lodging it applies to the first appeal (*Berufung*).

As for the regime of the *Revision*, the reform²⁷¹ determined that the admission is no longer subject to any requirement related to the value²⁷², and the possibility of filing the appeal is subject to the permission of the second-degree judge of the *Berufung*. Such a permission must be granted whenever the legal issue has fundamental significance or if a decision of the BGH is necessary for the development of the law or the

²⁶⁶ Beneduzi (footnote 1), p. 125.

²⁶⁷ May, *Die Revision in den zivil- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, 1995, p. 21.

²⁶⁸ Such as, for example, when the court of the first instance diverges from the applicable jurisprudence or interprets it in a wrong way, but also when one has infringed fundamental procedural rights.

²⁶⁹ Oberheim (footnote 13), p. 18/19.

²⁷⁰ Jauernig/Hess (footnote 5), p. 382.

²⁷¹ It should be noted that modern German doctrine believes that such a reform in the appeal system and in the *Revision* appeal is unsatisfactory and demands new changes. (Winter, *Die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO – rechtliche Bindung oder freies Annahmeverfahren?* In: Gsell/Hau (footnote 20).

²⁷² The 2001 reform abolished the scope of the admissibility of *Revision* but retained it for the *Nichtzulassungsbeschwerde* in the amount of EUR 20 000. (Beneduzi (footnote 1), p. 128).

guarantee of a uniform jurisprudence (§ 543).²⁷³ An appeal by Revision must, thus, be admissible if the *Oberlandesgericht's* judgment differs from a decision of the BGH or the joint session of the higher courts and it is sufficient that such a difference consists in a considerable objection to the application of the BGH's opinion.²⁷⁴

The Judging body of the Appeal must clarify in the holding of its own judgment whether or not it authorizes Revision (§ 543(1) ZPO). If there is no authorization, § 544 of the ZPO provides for the filing of a *Nichtzulassungsbeschwerde* (a kind of appeal for admission to a Special and Extraordinary Appeal of the Brazilian civil process).²⁷⁵

The competent Senate of the BGH to judge *Revision* depends on the subject matter to be decided; however, in cases which are not evident, lawyers admitted to the BGH may send the request to a particular Senate and most frequently this choice is followed by the BGH.

As with *Berufung*, *Revision* also has the possibility of adherence by the opposing party (*Anschlussrevision* – § 554 ZPO) and the 2001 reform made the former division of the adhesive appeal into two modalities, the dependent and the independent, disappear.²⁷⁶

Although *Revision* is an appeal primarily concerned with the examination of points of law, there are exceptional cases where new evidence

may be submitted at the trial of the appeal before the BGH, such as the case where it is essential to establish that a procedural defect has occurred.

²⁷⁷ However, old facts the trial court of *Revision* (BGH) rejects, rightly or wrongly, remain definitively precluded as they would have been precluded since the decision of the *Berufung* was made.²⁷⁸

Thus, the scope of the appeal is the protection of objective law, and only in a meditated form it also protects the subjective right of the appellant. As a result, the German doctrine considers the interest of the party to be a vehicle of general interest (*Vehikel des Allgemeininteresses*).²⁷⁹

Once the *Revision* appeal is granted, the contested decision is annulled and the right solution to the question of law that is the object of the appeal is defined (judgment of cassation - § 562 ZPO). Therefore, unlike the Brazilian system, as a rule, the case must be returned to the court *a quo* for a retrial following the understanding of the BGH (§ 563(1) ZPO). However, in cases where the cause is considered mature for decision, the judgment of cassation may be exceeded with the application of the right to the species (§ 563(3) ZPO). In such an exceptional case, the BGH is entitled to reassess the evidence and to review the respective conclusions of the court of the first

²⁷³ Barbosa Moreira (footnote 7), p. 208/209.

²⁷⁴ Jauernig/Hess (footnote 5), p. 379.

²⁷⁵ Beneduzi (footnote 1), p. 128.

²⁷⁶ Oberheim (footnote 13), p. 19.

²⁷⁷ Gottwald, *Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz*, 1975, p. 356/357.

²⁷⁸ Idem, p. 357.

²⁷⁹ Jauernig/Hess (footnote 5), p. 298.

instance as to the facts relevant to the decision.²⁸⁰

The concept of “fundamental importance” (*grundsätzliche Bedeutung*) or “fundamental significance” refers to the idea of the old “relevance of the federal question”. This is a requirement that the Federal Supreme Court had adopted to admit an extraordinary appeal in certain cases. The same was later enshrined in the requirement to demonstrate general repercussion for the admission of the extraordinary appeal, functioning as an appeal filter.²⁸¹

Therefore, there is also a filtering mechanism in the German Court of Review, even though the selection of appeals is made based on the objectively established legal criteria and even the court can judge the case immediately. Thus, in this model of the Court of Review there is not yet an excessive workload.²⁸²

The German doctrine translates the concept of “fundamental significance” as the question that, because it is decided based on a specific case, is susceptible to

generalization to an undetermined number of cases, and serves the unity and development of law in the same sense as the Brazilian institute of “general repercussion”. Specifically regarding the essential part of the Revision decision, the German doctrine defends the possibility of synthesis in a general principle of law, capable of favoring legal certainty, beyond the case examined.²⁸³

Although the German legal system does not adopt the model of linking to judicial precedents as a judgment technique, it presents the concern with the uniformity of jurisprudence (*Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*) and the preservation of legal certainty (*Rechtssicherheit*) as guidelines which consist of requirements for the admission of appeal (*Zulassungsberufung* – § 511(4) ZPO and *Zulassungsrevision* – § 543(2) ZPO). Therefore, such guidelines guide the work of the BGH as a court exercising a prominent prospective function.²⁸⁴

Thus, the only case of formally binding precedents relates to

²⁸⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald (footnote 22), p. 844.

²⁸¹ It was included in the Brazilian legal system by Constitutional Amendment 45 of 2004, known as the “Judiciary Reform”. CPC/15 foresees in its article 1.035, § 1 that: “For general repercussion, the existence or the lack of relevant issues from the economic, political, social or legal point of view that go beyond the subjective interests of the process shall be considered”, that is, the issue raised cannot be beneficial only for the concrete case proposed but for the interest of the community.

²⁸² In 2023, the BGH received 5,897 civil cases and 3,703 criminal cases, totaling 9,600 new actions. There were 5,328 judgments in the

Zivilsenate (civil senates) and 3,844 in the Strafsenate (criminal senates), with an 11% decrease in civil filings and a 5% increase in the criminal area. (Source: free translation of *Bundesgerichtshof* website: https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Service/Publikationen/Taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte_node.html. Accessed on 22/07/2025).

²⁸³ Rosenberg/Schwab/Gottwald (footnote 22), p. 858/859.

²⁸⁴ Alexy/Dreier, Precedent in the Federal Republic of Germany. In: McCormick/Summers (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*, 1997, p. 62.

precedents of the German Federal Constitutional Court, which are strictly binding. According to § 31(1) BVerfGG, all decisions of the Federal Constitutional Court are binding on all constitutional bodies of the Federal Republic and states, as well as on all courts and authorities.²⁸⁵

As a result, it is clear that in Germany, the concern for the unity of law permeates the legal system as a whole, representing a true expression of its tradition and culture. To that extent, the German system constitutes an important model of inspiration and source of contribution to the Brazilian civil procedure.²⁸⁶ It considers, for example, the highly prospective function performed by the *Bundesgerichtshof* when judging *Revision*, without congestion²⁸⁷ or defensive jurisprudence, an important

reference for a better and more qualified functioning of the Brazilian Superior Court of Justice.²⁸⁸

In this regard, a comparative analysis of the German and Brazilian legal systems²⁸⁹ can be very valuable, based on a critical analysis of the functioning of the BGH and the STJ (specific topic in chapter 3), considering the scope of obtaining unity of Law²⁹⁰ and coherence. To this end, practices aimed at the uniformity of jurisprudence and the effective exercise of a prospective function by the higher courts in the two countries will be confronted in the context of the formation of judicial precedents.

1.2. BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE: THE 2015 CIVIL PROCEDURE CODE AND THE SEARCH

²⁸⁵ Idem, p. 26.

²⁸⁶ Foreign law can serve as an important tool for the development of the national legal system. Foreign law therefore corresponds to legal rules that are not valid per se in the national legal system. This partial conclusion is, however, too restricted, since it is supported by an exclusively positivist perspective: a legal system is not characterized solely by its laws and other normative acts. According to Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2nd ed., 1991, p. 502.

²⁸⁷ The revisions and *Nichtzulassungsbeschwerden* totaled 4,157, of which 10.2% resulted in the admission of the revision; 73.4% were dismissed as manifestly unfounded. At the end of the fiscal year, there were 5,409 pending civil appeals and 779 criminal appeals. (Free translation of the *Bundesgerichtshof*: https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Service/Publikationen/Taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte_node.html. Accessed on 22.07.2025).

²⁸⁸ Beneduzi (footnote 1), p.129.

²⁸⁹ Sérgio Bermudes describes the importance and contribution of the study of other legal systems: “The complete study of Brazilian Civil Procedural Law imposes the permanent consultation of the procedural institutions of the countries that are part of the Roman-Western system, and therefore they either inform ours and make it easier for them to understand, or they offer abundant subsidies for their improvement”. (Bermudes, *Introdução ao processo civil*, 4th ed., 2006, p. 169).

²⁹⁰ In Brazilian doctrine, Luiz Guilherme Marinoni states that “the unity of law is the result of a system of mandatory precedents and reflects the coherence of the legal order, making the predictability and the uniform treatment of similar cases possible. The precedent, therefore, is a value in itself, since it is something indispensable for the unity of the law and a coherent legal order, requirements for the rationality of the law”. (Marinoni, *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*, 3rd ed., 2018, p. 105).

FOR A FAIR AND CONSTITUTIONALLY ADEQUATE CIVIL PROCEDURE

The Brazilian legal system adopted the system of binding judicial precedents, proper of *common law* countries²⁹¹, from the promulgation of CPC/15, with the discipline of articles 926 to 928. However, in forensic practice, there is still the difficulty of effective granting of the integrity of the law through the uniformity of the jurisprudence, due to the non-observance and adequate application by the judiciary of the techniques and mechanisms made available by the system, in addition to the still unsatisfactory prospective function performed by the Superior Courts.

In the Brazilian democratic state, the civil process must serve as an instrument for the realization of the material rights involved in the concrete case and observe the constitutional dictates and precepts.²⁹² Thus, the issue of the reconstruction of the sense of the law or the exercise of a normative

function by the Judiciary and the application of techniques in this regard must be in accord with the context of the Constitutional State. Therefore, respect for the normativity of the constitution must prevail. The normativity of the constitution binds the interpreter not only to the norms of positive law and legality but also relies on the theory of precedents to bind him/her, to a later degree, to the decisions themselves, leading to rationality.²⁹³

Considering the redefinition of the techniques to be observed in the search for uniformity of jurisprudence and unity of law in the Brazilian system, it is necessary to reformulate the roles of the Superior Courts in terms of control, interpretation, and application of the law.²⁹⁴

Brazilian doctrine already points to the need of reformulating the functions of the Superior Courts, called “*Cortes de Precedentes*,” which should be distinct from the “*Cortes de Justiça*” (Courts of Justice and Federal Regional

²⁹¹ In common law, judicial precedents have binding force and appear as the most important source of law: by the principle of *stare decisis*, the preceding decision creates law. In this orbit, common law judges have the functional duty to follow the precedents of analogous cases, and it is not enough to use them as relevant persuasive subsidies. (Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, 2004, p. 13).

²⁹² Ingo Wolfgang Sarlet highlights the need to observe the normative force of the Constitution: “(...) the conception of a direct binding of individuals to fundamental rights is supported by the argument that, because fundamental rights constitute norms expressing values applicable to the entire legal order, as a result of the principle of the unity of

the legal order, as well as because of the postulate of the normative force of the Constitution, it could not be accepted that Private Law would form a kind of ghetto on the fringes of the Constitution, and there is no way of admitting a binding exclusively of the public power to fundamental rights”. (Sarlet, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. *Revista Jurídica* 352 (feb./2007), p. 58).

²⁹³ Zaneti, *O valor vinculante dos precedentes: o modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial – uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2015, p. 384.

²⁹⁴ Welsch, *Legitimação democrática do poder judiciário no novo CPC*, 2016, p. 100.

Courts), since they occupy the “vertex” of the judicial organization (Supreme Court and Superior Court of Justice). While the “Courts of Justice” should exercise retrospective control over cases decided at first instance and standardize jurisprudence, the “Courts of Precedents” should provide a forward-looking interpretation and impart unity of law, even for proper organization to the judicial administration.²⁹⁵

In this sense, Luiz Guilherme Marinoni understands that the Supreme Courts have the function of defining the meaning of the law and its validity in a system in which all judges interpret the laws and control their constitutionality (diffuse control). Thus, neither the judge nor the court, not even the Supreme Court itself, can resolve a case or decide in disregard of the precedent signed.²⁹⁶

Thus, in Brazil, the necessity of a split between courts for a fair decision and precedent-setting courts is already being discussed, or in other words, between Courts of Justice and Courts of Precedents.²⁹⁷ In this regard, defining the role of the Courts²⁹⁸ in the control and interpretation of the law, as well as in the formation of precedents

with binding effect is of fundamental importance. According to Karl Larenz:

*The courts resolve specific cases. (...) Indeed, the courts, especially the higher courts, seek to be guided to a large extent by such paradigmatic resolutions – by precedents – which is useful for the uniformity and continuity of jurisprudence and, at the same time, above all, for legal certainty.*²⁹⁹

Naturally, one cannot disregard the reality and contexts proper to the Brazilian system, and it is necessary to reformulate the position and establish criteria and paradigms the judiciary, which needs to develop and commit itself to a new legal and procedural culture, should observe. Also, the judiciary needs to raise the awareness of the operators of the law as a whole, especially the legal profession, which has the important responsibility of directing the discussions and pleadings and establishing the burden of adequate grounds for judicial decisions, especially those that constitute judicial precedents.³⁰⁰

²⁹⁵ Mitidiero, *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 3rd ed., 2018, p. 81.

²⁹⁶ Marinoni (footnote 47), p. 104.

²⁹⁷ Mitidiero (footnote 52), p. 82.

²⁹⁸ Regarding the fundamental task of the courts in the activity of standardizing the interpretation of the law, Sergio Chiarloni states that: “E dunque sull’‘uniforme interpretazione della legge’ che occorre concentrare l’attenzione. Questo è il compito fondamentale della corte di cassazione e in generale di tutte le corti supreme”. (Chiarloni, Um singolare

caso di eterogenesi dei fini, irrimediabile per via di legge ordinária: la garanzia costituzionale del ricorso in cassazione contro le sentenze. In: Medina/Cruz/Cerqueira/Gomes. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, 2008, p. 846/854).

²⁹⁹ Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 3rd ed., 1997, p. 610/611.

³⁰⁰ CPC/15 establishes a list of decisions in article 927, which will have a binding effect and therefore judges and courts, considering the

The establishment of a system of judicial precedents in the Brazilian legal system, formally through the provision of the CPC/15, aims at the granting of greater isonomy and legal certainty, which should be applied through the appropriate instrumentalization of the technique of judgment by the courts. In this sense, Daniel Mitidiero considers that:

*The Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice have the function of interpreting the Constitution and the federal infra-constitutional legislation in an appropriate manner, promoting the unity of law through the formation of binding precedents. As a result, the actions of these Supreme Courts are at the root of the Constitutional State insofar as the rule of stare decisis implied in the adoption of a system of precedents aims to ensure equality of all before the Law and to promote legal certainty.*³⁰¹

This insertion of the system of binding judicial precedents in the Brazilian legal system, historically Civil Law, clearly demonstrates the

progressive approximation of the techniques of the Common Law system, despite the structural differences, the objectives pursued by the two systems are coincident since they seek to ensure the stability and predictability of the Law.³⁰²

History and experience demonstrate the inefficiency of the pure civil law system in current Brazilian law in terms of the resolution of disputes in the light of the Constitutional State, at a time when not only the resolution of the case but also its character as justice is required.

Therefore, it is clear that the Brazilian legal system has undergone a series of changes and redefinitions regarding models and techniques to be observed and practiced in the search for uniformity of jurisprudence and unity of law. This search stands out for legal certainty, with strong inspiration in the model of judicial precedents of the “common law” system and determines the Superior Courts to reformulate their roles and functions in the control, interpretation, and application of the law.

In this context, it is necessary to extend the model of vertex courts to a model of supreme courts, in other words, abandoning the premise of the formalist interpretation of the law, the

specific case and the matter involved, must observe. Brazilian doctrine calls this list formally binding precedents (Zaneti (footnote 50), p. 311/330).

³⁰¹ Mitidiero, *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*, 2013, p. 113.

³⁰² According to Teresa Arruda Alvim, “in both civil and common law systems, the law was born and exists with the predominant objective

of creating stability and predictability. The most curious thing is that *civil law* systems are a supposedly rational creation that had as a specific and practically declared objective, the exact achievement of those purposes that, as we know, in Brazil, are not always achieved”. (Arruda Alvim Wambier, *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. *Revista de Processo* 172 (jun./2009), p. 121).

superposition courts should assume their role as courts of interpretation and therefore as courts of precedent.³⁰³

Ovídio Baptista has long maintained that the modern function of the Supreme Courts is not to serve the uniformity of jurisprudence, but rather they are Courts that intend to ensure the unity of law, projecting their decisions for the future. However, the author also observed one can only achieve this ideal, if in some way the courts are allowed to choose, among the many causes they receive, those of greater relevance.³⁰⁴

In this perspective, as to the possibility of higher courts to select causes of greater relevance and transcendence, one may have a look at the German system. The higher courts cite the *Bundesgerichtshof* when judging the Revision appeal, which has as its admission criterion the necessary existence of fundamental importance (*grundsätzliche Bedeutung*) of the matter or the relevance for the development of law (*Fortbildung des Rechts*). In the third chapter, we will analyze the Brazilian Superior Court and the German BGH as courts that set precedents for the unity of law and legal certainty, in a comparative manner, seeking possible contributions of the German Superior Court system to the Brazilian Superior Court model.

Therefore, the mechanisms of uniformity of jurisprudence with binding character present in the Brazilian legal system demonstrate the

growing implementation of a system of precedents in the reality of the Democratic Constitutional State, mainly from the Code of Civil Procedure of 2015. Such a system turns the institute of the Incident Resolution of Repetitive Claims (articles 976 to 987 of CPC/15), which consists of another technique of trial by sampling and equalization of court decisions, positive.

Considering the context of the implementation of judgment techniques that grant effectiveness to binding judicial precedents in the Brazilian legal system, the observance of decision-making criteria to act as canons of interpretation and markers for the formation of qualified decisions/precedents becomes indispensable. It also becomes prudent in the sense of technique and justice, and helps to avoid the occurrence of arbitrariness tending to damage constitutional guarantees and the Democratic State of Law itself.

In this sense, the performance of *amicus curiae* is important as a factor and means of democratic legitimacy of judicial decisions, especially in cases of repetitive potential – due to the nature and transcendence of the matter discussed. It is also important in the formation of binding judicial precedents, considering the need for technical and legal qualification in the formation of the *ratio decidendi* of the judicial precedent, which one will apply to other analogous and future cases.

³⁰³ Zaneti (footnote 50), p. 391.

³⁰⁴ Baptista, *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2nd ed., 2006, p. 258.

The Code of Civil Procedure of 2015 provides for *amicus curiae* in Article 138³⁰⁵ as a kind of third-party intervention in the process. The procedural legislation also provides for the possibility of participation of *amicus curiae* in the trial system of repetitive resolution incidents (art. 983 of CPC/15) and of extraordinary and special repetitive appeals (art. 1.038, I and II of CPC/15).³⁰⁶

However, the provision of article 138 of CPC/15 defines a mere faculty of the judge to determine the intervention of *amicus curiae* when the judge considers it convenient. This fact still does not ensure a condition or criterion of political and democratic legitimacy for the formation of the judicial decision (which may become a judicial precedent with binding effectiveness), since it is not mandatory. Besides it does not foresee objectively the matters and nature of actions in which such manifestation should occur, configuring mere judicial

discretion, which is not a factor of legal certainty.

Therefore, the necessary participation of the figure of the friend of the court in the formation of the *ratio decidendi* of these formally binding precedents would be opportune as a way to pluralize the debate and democratize the content of the judicial decision, granting greater democratic legitimacy to the judiciary.³⁰⁷

In Germany, there is also the *amicus curiae* in certain situations, and there are procedures in some special laws that serve to assert general interests.³⁰⁸ On the one hand, it is the case of procedures that originally serve to reinforce transindividual interests, as in collective actions. On the other hand, when in lawsuits in which grouped individual interests are asserted, such as in group actions and model procedures, a deterrent effect should also be employed to protect society from behaviors that harm the individual and thus preserve the general legal order.³⁰⁹

³⁰⁵ Art. 138. Considering the relevance of the matter, the specificity of the subject matter of the claim or the social repercussion of the controversy, the judge or rapporteur may request or admit the participation of a natural or legal person, body or specialized entity, with adequate representation, within 15 (fifteen) days of his summons, by unappealable decision, ex officio or at the request of the parties or whoever intends to manifest.

§ 1 The intervention dealt with in the caput does not imply a change in the jurisdiction or authorize the lodging of appeals, except for the opposition of embargoes of declaration and the hypothesis of § 3.

§ 2 It shall be up to the judge or rapporteur, in the decision requesting or admitting

intervention, to define the powers of the *amicus curiae*.

§ 3 The *amicus curiae* can appeal the decision that judges the incident of resolution of repetitive demands.

³⁰⁶ Luiz Guilherme Marinoni understands that the system of precedents provides an opportunity for the development of law in a very positive way since the power to give meaning to the law brings in itself the power to develop it. The precedent is not a sign of “plastering” of the law, but of stability. (Marinoni (footnote 47), p. 105).

³⁰⁷ Habermas, *Consciência moral e agir comunicativo*, 2003, p. 83.

³⁰⁸ Kern, O papel das Cortes Supremas. *Revista dos Tribunais* 948 (okt/2014).

³⁰⁹ Kühne, *Amicus curiae*, 2015, p. 179.

Besides the participation of the *amicus curiae* figure in the judicial process, through bodies and entities representing the rights and interests of society in general, there are public hearings to corroborate the democratic space in demands that require a certain complexity for the final judgment, ensuring greater popular participation in the process.³¹⁰

It is important to note that the participation of the *amicus curiae* does not take away the magistrate's autonomy and power of persuasion, which is not conditioned to the position of the friend of the court, but also cannot ignore the content of that demonstration, which must bring elements of contribution to the process.

Regarding the admission/inclusion and the role of *amicus curiae* under the provisions and systematics of art. 138 of CPC/15, we compare the menu and the complementary information of the judicial precedent signed by the STJ, in the context of a special repetitive appeal, in which a legal thesis was signed on the possibility of mitigating the role of art. 1.015 of CPC/15 when there is verified urgency due to the uselessness of the judgment of the issue in the appeal. Considering the relevance and repercussion of the matter discussed, as well as the need for technical rigor in the formation of the decision, "*amici curiae*" were admitted to act in favor of the clarification of the matter discussed, to democratize the debate and

democratically legitimize the decision to be rendered.

SPECIAL REPRESENTATIVE CONTROVERSY APPEAL. CIVIL PROCEDURAL LAW. LEGAL NATURE OF THE LIST OF ART. 1.015 OF CPC/2015. IMMEDIATE OBJECTION OF INTERLOCUTORY DECISIONS NOT PROVIDED FOR IN THE ITEMS OF THE SAID LEGAL PROVISION. POSSIBILITY. MITIGATED RATE OF RETURN. EXCEPTIONALITY OF THE IMPUGNATION OUTSIDE THE HYPOTHESES PROVIDED FOR BY LAW. REQUIREMENTS.

1- The purpose of this special appeal, processed and judged under the rite of repetitive appeals, is to define the legal nature of the list of art. 1.015 of CPC/15 and verify the possibility of its extensive interpretation, analogical or exemplary, to admit the filing of an interlocutory appeal against an interlocutory decision that relates to hypotheses not expressly provided for in the clauses of the referred legal provision. (...)

6- Thus, under the terms of art. 1.036 and following of CPC/2015, the following legal thesis is established: The list of art. 1.015 of CPC is of mitigated appeal, therefore it admits the filing of an interlocutory appeal when the

³¹⁰ Art. 983, § 1º and art. 1.038, II, CPC/15.

urgency arising from the uselessness of the judgment of the issue in the appeal is verified.

Complementary Information to the Syllabus:

“(…) Furthermore, the fact that the deadline to respond to the internal bill of review has not yet expired is a mere irregularity that does not result in nullity, especially because of the unique role played by the ‘amicus curiae’ in the formation of the precedents – whose intervention is not in favor of this or that one, but in favor of clarifying the matter at issue, to democratize the debate and legitimize the decision to be made – so that there is no need to talk about conflict of interest with the other ‘amici curiae’.

The internal appeal against the one-off decision refusing entry of the ‘amicus curiae’ is not admissible. This is so because the reading of art. 138 of CPC/2015 leaves no doubt that the unipersonal decision on the admissibility of the ‘amicus curiae’ is not challengeable by internal appeal, either because the caput expressly places it as an unappealable decision, or because § 1 expressly states that the intervention does not authorize the filing of appeals, except for the opposition of

embargoes of declaration or the filing of an appeal against the decision that judges the Incident of Resolution of Repetitive Appeals (IRRA).

“[...] it is necessary to differentiate the institutional interest, essential to those who wish to intervene as amicus curiae in a process of others to clarify the issues related to the controversial matter, from the legal interest, which nourishes those who only wish to see a certain position to become a winner”.

*“[...] in the context of special appeals representing controversy, any modalities of intervention by third parties are misplaced, except that provided for in the system as a means of contribution by society to the examination of the matter and democratic legitimation of the decision to be taken – entry as amicus curiae [...]”.*³¹¹

This decision represents an important paradigm, since it was handed down in a special repetitive appeal by the Superior Court of Justice, forming a binding judicial precedent and, as such, standardizing the jurisprudence on the matter at the national level. To this extent, the Superior Court performed prospective activities of granting unity of the Law but depending on the due observance

³¹¹ Appeal n. 1.704.520/MT (Subject 988). Trial Date 05/12/2018.

and application of the legal thesis by the courts for the implementation of the constitutional precept of legal certainty.

Therefore, in the case of the Brazilian legal system, one cannot be under the illusion that only the legal provision of procedural institutes and judgment techniques aimed at reducing the number of mass claims will make the Judiciary faster, giving greater legal certainty and isonomy of treatment to similar cases. Thus, the need for cultural and operational change in the legal community is clear so that the legislative reforms can reap positive results.

2. STJ AND BGH AS COURTS FORMING PRECEDENTS FOR THE UNITY OF LAW AND LEGAL CERTAINTY

Initially, we will briefly discuss the BGH with the scope to point out its role, relevance, and functioning in the legal system in Germany, as well as its contribution to the development and unity of law.

The BGH succeeded the *Reichsgericht*, the highest court in the Empire (*Reich*) in civil and criminal matters from 1879 to 1945. Art. 95 of the Basic Law established the BGH, and §§ 123 and the following paragraphs of the *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG) regulate the BGH. The judges composing the court must be over

thirty-five years old (§ 125 GVG) and are chosen by the *Richterwahlausschuss* (Committee for the Selection of Judges) jointly with the Minister of Justice, by Art. 95(2) of the Basic Law and rules of the *Richterwahlgesetz* (Law Governing the Selection of Judges – RiWG).

Currently, the BGH is composed of 153 judges distributed in 19 senates. Thirteen of the senates are civil (*Zivilsenate*) and six of them are criminal (*Strafsenate*). The Senate is composed of six to eight judges each (alongside the president). However, only five members of the Senate participate in the trial, including the president. Besides the civil and criminal senates, there are eight senates with special powers (agrarian, notarial, patent issues, etc.). There are also two Grand Senates – one in civil matters and the other one in criminal matters – which together form the Grand United Senate. A joint/common senate ensures the uniformity of jurisprudence of the five highest federal courts (Federal Court of Justice in Karlsruhe, Federal Administrative Court in Leipzig, Federal Finance Court in Munich, Federal Labour Court in Erfurt and Federal Social Court in Kassel). Furthermore, about 75 judges and state prosecutors work as an academic team in the Federal Court of Justice.³¹²

The competence of BGH in civil procedure as provided for in § 133 of the GVG corresponds to the judgment of *Revision*, *Sprungrevision*, *Rechtsbeschwerde*,

³¹² Data obtained from the website *Bundesgerichtshof*: <https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Service>

/Publikationen/Taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte_node.html. Accessed on 22/07/2025).

Sprungrechtsbeschwerde and *Wiederaufnahme* (a kind of termination action) of its own judgments (§ 584 ZPO).³¹³

As already mentioned, the *Bundesgerichtshof* is not congested. In 2023, the BGH received 5,897 civil cases and 3,703 criminal cases, totaling 9,600 new actions. There were 5,328 judgments in the Zivilsenate (civil senates) and 3,844 in the Strafsenate (criminal senates), with an 11% decrease in civil filings and a 5% increase in the criminal area.

As for the tasks of the German BGH, the main task of the court is to guarantee the unity of the law, to clarify fundamental legal issues and to develop/form law.³¹⁴ As a matter of principle, it only reviews the decisions of the courts of instance – the district courts, regional courts and higher regional courts – regarding legal errors. Even if the decisions of the Federal Court of Justice are formally binding only in individual cases, the courts of instance do follow their legal opinion almost without exception.³¹⁵ The far-reaching impact of the decisions of the Federal Court of Justice is also based on the fact that legal practice regularly

stands on them, particularly in the area of civil law.

Thus, it is clear that, although there is no express legal provision for the binding effectiveness of the decisions rendered by the Federal Court of Justice (BGH), respecting the decisions and understandings issued by the court, which precisely has the mission of promoting the development and unity of law is a premise and cultural guideline of the German legal system.³¹⁶

As for the existence of public or general interest in the decisions of the Supreme Courts, Christoph A. Kern argues that they correspond to the interest in the uniform application of the law and, in more modern legal systems, to the interest in the development of the law, since they reinforce predictability and confidence in the court system.³¹⁷

Acting before the BGH requires specific authorization (currently there are 46 qualified lawyers³¹⁸), whose requirements are being over 35 years old, having a minimum of 5 years of uninterrupted forensic practice (§ 166 (3) BRAO – *Bundesrechtsanwaltsordnung*) and

³¹³ “There are complex regulations about the role of the Federal Court of Justice. Its most important role is to hear appeals (Revision) from decisions by the higher courts of the States. The Federal Court of Justice is in principle bound to the account of the facts in the lower court. It hears only legal, not factual questions.” (Alexy/Dreier, *Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany*. In: McCormick/Summers (org.). *Interpreting statutes: a comparative study*, 1991, p. 115).

³¹⁴ Althammer, Die Zukunft des Rechtsmittelsystems. In: Bruns/Münch/Stadler (org.). *Die Zukunft des Zivilprozesses*, 2014. p. 98/99.

³¹⁵ “German judges are highly influenced by academic writings and legal dogmatics. In particular, higher courts take account of and refer to scholarly writings.” (Alexy/Dreier (footnote 70), p. 118).

³¹⁶ Alexy/Dreier (footnote 70), p. 107.

³¹⁷ Kern (footnote 65).

³¹⁸ The consultation held on the BGH website in July 2025.

having a law office in the city of Karlsruhe (headquarters of the BGH). The lawyer may join only one other lawyer equally qualified before the BGH and may only perform the practice of law before the highest courts.

In order to better understand the practical functioning and the guidelines of BGH, a judge acting in the Frankfurt *Oberlandesgericht* conducted a guided tour to the court. It included the accompaniment of a trial session, where a decision was publicly announced (*Verkündung*), and the hearing of the relevant arguments of the lawyers for the trial in three cases, all of them in *Revision* appeal grade (*mündliche Verhandlung*).

In the trial session, it was possible to verify the collegiate trial system in the German courts (monocratic trial is not allowed – § 555 (2) ZPO), with two different public sessions in the course of an appeal. The first has the scope of hearing the arguments of the lawyers of both parties (presentation of a written piece and oral debates) to be considered at the trial ³¹⁹, which will take place privately, safeguarding the secrecy of the deliberation (*Beratungsgeheimnis*) and the principle of the integral manifestation of the collegiate. The second session is for the public announcement of a decision (*Verkündung*). The judges' deliberation room of the BGH was on display during the visit to the physical spaces of the Court. The aim was to show its striking feature of high glass windows that symbolize the transparency with which

they make their decisions, although the debates among the judges are not public.

The historical court museum, the library and an annex building reserved for the “Forum Recht” in Karlsruhe (headquarters of the court), where space is being developed to bring society (especially young people and students) closer to the German Judiciary and the law in general, were also on display. The idea of the Forum is to develop projects in cooperation with other courts, universities, and institutions. Such mobilization highlights an important democratic awareness in the modern German constitutional state, especially considering society's demand for interest in knowing the judiciary and the limitation of access to higher courts, especially the *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG).

Chapter 2 of this study addressed the *Revision* appeal procedure with a description of the main aspects and procedural changes made by the legislative reforms. Thus, in this last point, it is important to promote a comparative analysis between the function performed by the German BGH and the role played by the STJ, in the processing and judgment of the Brazilian analogous appeal (Special Appeal), from the perspective of the formation of precedents and effective granting of unity of law.

Therefore, it is necessary to briefly verify the effective function performed by the Brazilian Superior Court of Justice and to point out its

³¹⁹ Althammer (footnote 72), p. 101.

difficult points to propose possible and positive reformulations for the concrete performance of a prospective function, based on the German model and experience.

The constituent of 1988 created the Superior Court of Justice, and assumed part of the extraordinary appeal jurisdiction of the Federal Supreme Court corresponding to infra-constitutional federal law as result of the so-called “Supreme Court crisis”.³²⁰

According to article 104 of the Federal Constitution of 1988, the Presidency of the Republic may appoint at least 33 ministers to compose the STJ: one-third among judges of the Federal Regional Courts (TRF), one-third among judges of the Courts of Justice (TJ) and one-third alternately among lawyers and members of the Federal, the State, the Federal District and the Territories Public Prosecutor’s Office (MP).

The ministers split up into three specialized trial sections, each composed of two classes, which analyze and judge matters according to the nature of the case submitted for consideration. Above them is the Special Court, the highest organ of the Court. The First Section (First and Second Classes) deals with matters of public law, especially administrative law, tax law, and social security law, as well as security mandates filed against acts of state ministers; the Second Section (Third and Fourth Panels) judges decide matters of private law,

dealing with civil law and commercial law. The Third Section (Fifth and Sixth Classes) focuses on criminal law cases.

Due to the vertiginous increase in the number of causes that began to reach the Supreme Court, the Constitution of 1988 distributed jurisdiction between the STF and the STJ, the former being the guardian of the Constitution and the latter, of the federal legislation. Then, the two courts divided the exceptional appeals between themselves, with the judgment of the extraordinary appeal falling exclusively to the STF and the judgment of the special appeal to the STJ.

The Brazilian special appeal originated, as well as the extraordinary appeal, in the writ of error that arose in the United States in 1789, with the function of the tutelage of the authority and the unity of the federal law and controlling the legality of the judgment rendered by the lower courts.

Law 11.672/2008 amended the Code of Civil Procedure (CPC/73) to try to unburden the judiciary with the introduction of a new procedure for the trial of repetitive appeals or appeals representing repetitive controversies. With the 2015 Code of Civil Procedure, the decisions rendered on special repetitive appeals became a binding effect, through articles 926 and 927, which established the list of formally binding precedents.

Currently, the case backlog of the STJ (Superior Court of Justice)

³²⁰ Alfredo Buzaid dealt with the “Supreme Court crisis” in 1960 (Buzaid, A crise do

Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito* 55 (1960), p. 327).

exceeds 332,000 cases. However, throughout 2024, a total of 501,024 cases were filed — marking the first time in the court's history that the number of filed and registered cases surpassed the 500,000 mark.³²¹ Therefore, the superior court is still facing a scenario of congestion and needs measures to optimize its functioning.

Within this scope, the constitutional amendment 125/22³²² establishes a new admissibility criterion for the RESP was presented: the need for relevance of the federal issue discussed for the appeal to reach the STJ. According to the constitutional amendment, the STJ will only judge appeals whose subject matter is of legal relevance capable of justifying the decision of the higher court. The justification for the requirement is the

need to resolve the congestion in the higher court, as occurred in the Supreme Court with the insertion of the requirement of general repercussion on the admissibility of the extraordinary appeal, which significantly reduced the number of cases distributed in Excellent/Superb Court. In this way, the higher court would no longer act as a “third instance” reviewer of cases whose interest is often restricted to the parties and would be better able to exercise its constitutional role of standardizing jurisprudence on federal legislation. Therefore, it is possible to see a similarity between the proposed appeal filter mechanism for the admissibility of the Brazilian special appeal and the requirement for admissibility of the German *Revision* appeal of the fundamental importance of the matter to be dealt with, which

³²¹ Source: Data obtained from the Superior Court Justice website: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/STJ%202024%20-%20Destaques%20do%20balan%C3%A7o%20estat%C3%ADstico-19122024.pdf>. Accessed on 23.07.2025.

³²² **Article 1** The Article 105 of the Federal Constitution shall come into force with the following amendments:

"Article 105.
.....
.....
§ 1
.....
....."

§ 2 In a special appeal, the appellant must demonstrate the relevance of the issues of infraconstitutional federal law discussed in the case, pursuant to the law, so that the admissibility of the appeal is examined by the Court, which may only refuse to acknowledge it on this ground by the manifestation of two-

thirds (2/3) of the members of the competent body for judgment.

§ 3 The relevance referred to in § 2 of this article shall be applicable in the following cases:

I - criminal proceedings;
II - administrative misconduct actions;
III - actions where the amount in controversy exceeds 500 (five hundred) minimum wages;
IV - actions that may result in ineligibility;
V - cases in which the appealed decision contradicts the prevailing jurisprudence of the Superior Court of Justice;
VI - other cases provided for by law." (New wording)

Article 2 The relevance referred to in § 2 of Article 105 of the Federal Constitution shall be required in special appeals filed after the entry into force of this Constitutional Amendment, at which time the party may update the amount in controversy for the purposes set forth in item III of § 3 of the aforementioned article.

Article 3 This Constitutional Amendment shall come into force on the date of its publication.

gives rise to a comparative analysis between the German model and the current Brazilian model.

The original wording of the ZPO (1877) did not provide for the requirement of fundamental importance, and *Revision* was to be admitted if the value of the cause was greater than 1,500 marks (the currency of the time) or in the hypotheses listed. However, over time the provision had to be adapted to a new currency, the Deutsche Mark introduced after World War II, and – more important for our topic – the limit had to be raised due to the increasing congestion of the BGH. Thus, the requirement for the admissibility of “fundamental importance” (*grundsätzliche Bedeutung*) was only included in the German *Revision*’s appeal in 1975³²³. From that time the appellate courts began to admit *Revision* when its value exceeded the threshold of 60,000 DM (the value determined in the legislation of the time – old § 546), when the case was of fundamental importance or when the contested judgment differed from the understanding of the BGH. § 554b of the previous wording of the ZPO also allowed the BGH, by a decision of 2/3 of the judges in the Senate of the appeal, to dismiss it, even if the value exceeded 60 thousand DM when it lacked fundamental importance.³²⁴

It was the reform of 2001 which eliminated the compulsory admission basis of the value on the cause

(*streitwertige Annahmerevision*) and also the *Revision* independent of admission (*zulassungsfreie Revision*).³²⁵

Therefore, the new program had two goals: firstly, it had to ensure access to the BGH in cases of legal as opposed to merely economic importance; and, secondly, it had to result in a decongestion of the BGH for practical reasons. The preponderance of one of these purposes is not easily recognizable. In a general analysis, the *Revision* procedure should focus on the tasks of ensuring the uniformity and the development of the law.³²⁶

From a comparative point of view, the German system is more effective in promoting the uniformity of jurisprudence, since it ultimately determines the appropriate solution to the question of law raised on appeal. In addition, both the judiciary (first and second instance) and legal practice have good reasons to consider and apply the understanding espoused by the BGH. In the Brazilian Special Appeal procedure, the first and second degree courts may not apply (due to ignorance or disagreement) the understanding of the STJ, and the correct and unified solution of the issue is only determined when the higher court judges decide the appeal after a long and costly procedure.

It is still necessary to consider that the Brazilian Superior Court, despite its important function in

³²³ Gesetz zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen v. 8.7.1975.

³²⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald (footnote 22), p. 829.

³²⁵ Piekenbrock/Schulze, *Zulassung der Revision nach dem ZPO-Reformgesetz*. *Juristenzeitung* 57 (2002), p. 911.

³²⁶ Traut, *Der Zugang zur Revision in Zivilsachen*, 2006, p. 9.

creating judicial precedents and guaranteeing the uniformity of jurisprudence, presents a defensive posture,³²⁷ as imposed by *sumula* (restatement of case law) n. 7,³²⁸ which prohibits the review of a matter of fact in the judgment of the special appeal. This stance is still present when the STJ does not admit a special appeal because the matter is constitutional and, therefore, within the jurisdiction of the STF.³²⁹ Such problems do not arise in the German BGH. As mentioned above, in exceptional cases the German BGH may carry out the re-evaluation of evidence and the re-examination of the respective conclusions of the court of first instance as to the facts relevant to the decision when the cause is mature or when a procedural rule applicable to the determination of the fact has been violated (*Verstoß gegen eine Verfahrensvorschrift*).³³⁰ Furthermore, the admissibility criteria of *Revision* make it possible to deal with the matter whenever the BGH deems it necessary

to develop and grant unity of law, as well as when the matter is of fundamental importance, these being the filters for admission of the appeal.

Therefore, if the matter presents a fundamental relevance and may have general repercussions, the German BGH will analyze and judge the *Revision* appeal. Consequently, the judiciary will observe and follow the content of the decision signed by the court, and legal practice as a guideline will exercise a de facto binding function in the German legal system. In the Brazilian legal system, article 927 of CPC/15 classifies only the special and extraordinary repetitive appeals as formally binding precedents (item III) and there is no reference to the special and extraordinary appeals in terms of general repercussion. The duty of observance by judges and courts does not cover such extraordinary appeals, which consists of a failure of the legislation,³³¹ as to the aspect of granting unity of law.

³²⁷ José Rogério Cruz e Tucci developed the following comments on defensive jurisprudence: “Nevertheless, in our legal experience, completely forgetting that speed must serve the parties and not the State, the courts, in various situations, go beyond procedural guarantees and legislate to the detriment of the material law of the courts, as occurs, for example, in the context of the notorious defensive jurisprudence. Certain obstacles to the admission of appeals to higher courts are the result of ingenious construction, which retains some hermeneutical consistency with the procedural rules in force. However, there are, in significant numbers, other barriers that most identify with ‘perversity and praetorian abuse,’ which have no plausible reason to subsist within the framework of a

democratic legal system, committed to the effectiveness of judicial protection”. (Tucci, *Contra o processo autoritário. Revista de Processo* 242 (apr./2015), p. 55).

³²⁸ “The desire for a simple review of evidence does not give rise to any special appeal”.

³²⁹ Marinoni, *A Zona de Penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*, 2019, p. 102.

³³⁰ Jauernig/Hess (footnote 5), p. 304.

³³¹ According to Luiz Guilherme Marinoni: “It would be little more than absurd to deny the character of a precedent to a decision rendered in an extraordinary appeal under general repercussion or to a decision taken in a special appeal that dealt with a question of law of important social relevance only because the

The great crisis or difficulty present in the Superior Court of Justice corresponds to its effective role in the performance of its activities and, therefore, in the definition of its function in the Brazilian legal system.

Currently, there is much discussion in Brazilian procedural doctrine about the need to reformulate the apex courts with a view to rationality and effectiveness in a system of judicial precedents. Dialogue and alignment between the two supreme courts (STJ and STF) are necessary to avoid overlapping functions. To this extent, Luiz Guilherme Marinoni believes that the STF should only control the constitutionality of the meaning the STJ attributes to the law through precedents. Besides, for such control, the STF should also base on the interpretation of the law under the Constitution, since there is no rationality for the Supreme Court to interpret the law accordingly before the Superior Court of Justice defines the meaning of federal law.³³²

The excessive number of cases and the high workload imposed on the STJ is a major obstacle for the court to perform its true and relevant constitutional function of standardizing federal law. Thus, reducing the volume of cases and workload/judgments in the higher court would be, in fact, the most effective solution to the problem, since the increase in the number of ministers and the attempt to change

the posture of the system would not only require time and availability but would also fail to fully solve the problem.

Therefore, it remains clear that the inspiration from the German model of imposing an admissibility requirement of fundamental importance/signification for the analogous appeal of *Revision* is positive and can contribute to the system of the Brazilian Special Appeal since the German experience demonstrates the gain in effectiveness and functionality of the Superior Court (BGH) through the application of the relevance recursive filter.

The constitutional amendment 125/22 has the purpose of inserting a recursive filter to demonstrate the relevance of the infraconstitutional federal law issues discussed in the case, according to the law, so that the Court may examine the admission of the appeal. However, the processing of the infraconstitutional regulation of the aforementioned constitutional amendment in the competent legislative houses is very slow and, meanwhile, the Superior Court of Justice continues functioning without being able to perform its essential constitutional function effectively, which harms the system as a whole, due to the shake for legal certainty and the development of the law.

Although the experience of inserting the requirement of general repercussion for the admissibility of the

litigious question is not one that is being discussed in numerous actions that have already been proposed or that will be proposed

before the Judiciary. (Marinoni (footnote 88), p. 161/162).

³³² Marinoni (footnote 88), p. 106/107; 112.

extraordinary appeal in the STF has succeeded, there is doctrinal criticism of the extension of the filter of appeals to the system of admission and trial of the special appeal in the STJ under the argument that this court should assume the role of the Citizenship Court and thus be open to the demands of society. This part of the doctrine believes that the constitutional mission of the STJ (unification of the interpretation of federal law) could remain unattended. It also believes it may be inconvenient to adopt the relevance of the federal issue as a filter of admissibility for the special appeal since the STJ would no longer rule on many federal issues that affect the entire population.³³³

In any case, the essential criterion for checking the relevance of the application of the recursive filter to the dynamics of the special appeal is the common function performed by extraordinary appeal, which corresponds to the standardization of the interpretation and application of the law through the protection of objective law.

Therefore, one must consider the common nomophylactic function of the extraordinary appeals, in addition to the positive result achieved of a considerable reduction of cases in

the STF with the insertion of the admissibility requirement of the transcendental importance of the matter discussed in the extraordinary appeal.

Therefore, the influence of the successful German experience in providing for the equivalent institute is relevant ground for the improvement of the operation and of a qualified judicial provision of the STJ, which are essential for ensuring the uniformity of jurisprudence and legal certainty.

CONCLUSION

As explained throughout the study, although the German legal system does not adopt the model of binding judicial precedents as a judgment technique, it presents, as guidelines, the concern with the uniformity of jurisprudence (*Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*) and the preservation of legal certainty (*Rechtssicherheit*). Both of them are grounds to admit appeals (*Zulassungsberufung* – § 511(4) ZPO and *Zulassungsrevision* – § 543(2) ZPO) and, therefore, guide the work of the BGH (*Bundesgerichtshof*) as a court exercising a prominent prospective function.

³³³ Marco Aurélio Serau Junior states that: “The STF is a Constitutional Court and, therefore, there is full justification for the implementation of the admissibility limitation requirement which is the general repercussion of the extraordinary appeal. In the case of the STJ, we believe that the picture is relatively diverse. Although the magnitude of this Court, a truly extraordinary instance, does not go unnoticed, its specific constitutional role still seems to be

little studied. The limitation on the admissibility of the special appeal, when the relevance of the federal issue discussed is absent, may imply inadequate limitation of the Court's action” (Serau, *Relevância da questão federal como filtro de admissibilidade do recurso especial: análise das propostas de emenda constitucional n. 209/2012 e n. 17/2013. Revista de Processo* 224 (2013), p. 250).

Therefore, it is clear that the concern for the uniformity of jurisprudence permeates the legal system as a whole in Germany, representing a true expression of its tradition and culture. To that extent, the German system constitutes an important model of inspiration and source of contribution to the Brazilian civil procedure. It considers, for example, the highly prospective function performed by the *Bundesgerichtshof* when judging the *Revision*, without congestion or defensive jurisprudence, an important reference for the more qualified functioning of the Brazilian Superior Court of Justice in the context of the formation of judicial precedents.

Despite the procedural reforms undertaken, the Brazilian Superior Court is still facing a congestion scenario and needs measures to optimize its performance, in line with the processing standard of the German *Revision* to the BGH. The adoption of an appeal filter for the admission of the Special Appeal similar to the admissibility requirement of “fundamental importance” (*grundsätzliche Bedeutung*), in accordance with Constitutional Amendment No. 125/2, is a possible and relevant ground for the efficiency of the judicial provision by the STJ. Also, the essential criterion for checking the relevance of applying the appeal filter to the dynamics of the special appeal is the common function performed by extraordinary appeals, which corresponds to the standardization of the interpretation and application of the law through the protection of

objective law, factors of the uniformity of jurisprudence and legal certainty.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES/ REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3ª ed. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Subdury: Dartmouth, 1997.
- ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany in: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting statutes: a comparative study*. Dorchester: Dorset Press, 1991.
- ALMEIDA, Marcelo Eugênio Feitosa. Musterverfahren X Pilotverfahren: os regimes de IRDR adotados pelos Tribunais Regionais Federais. *Publicações da Escola da AGU*. Brasília: EAGU, vol. 9, n. 4, out/dez 2017.
- ALTHAMMER, Christoph. Die Zukunft des Rechtsmittelsystems. In: BRUNS, Alexander; MÜNCH, Joachim; STADLER, Astrid (org.). *Die Zukunft des Zivilprozesses*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 87-108.
- ASSIS, Araken. Manual dos Recursos, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação na alteração da jurisprudência firme*

- ou de precedentes vinculantes. E-book. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.
- BALLON, Oskar J. *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht Streitiges Verfahren*. 6ª ed. Graz: Leykam, 1997.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Temas de direito processual – oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Der Einfluss des deutschen Zivilprozessrechts in Portugal und Brasilien. In: HABSCHEID, Walther J. (Org.). *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*. Bielefeld: Giesecking, 1991.
- BARROSO, Luís Roberto. *Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020.
- BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- BENEDUZI, Renato. Repercussão geral no recurso especial por analogia. In: *Coletânea em homenagem ao Desembargador Federal Aluisio Mendes* (Editora GZ – no prelo). Disponível em: https://www.academia.edu/33061592/Repercuss%C3%A3o_Geral_no_Recurso_Especial_por_analogia. Acesso em 24.01.20.
- BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- BUZAID, Alfredo. A crise do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, vol. 55, 1960, p. 327/372.
- BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2ª ed. Viena: Springer, 1991.
- CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: Uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, ano 32, n. 147, mai./2007, p. 123-146.
- CAENEGEM, R.C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- CAMARGO, João Ricardo. O novo desenho estrutural dos Embargos de Divergência no STJ traçado pelo Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista de Processo*, vol. 272/2017. p. 271 – 296. Out / 2017.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução Antonio Menezes Cordeiro. 5ª ed. Lisboa:

- Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CHIARLONI, Sergio. Um singolare caso di eterogenesi dei fini, irrimediabile per via di legge ordinaria: la garanzia costituzionale del ricorso in cassazione contro le sentenze. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. Vol. 1. Campinas: Bookseller, 1998.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. T. I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. In: *Seminario de Filosofia del Derecho de la Universidad de Alicante*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante. Doxa. Caduernos de Filosofia del Derecho. Marcial Pons, 2012.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- Fuga, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*/ Bruno Augusto Sampaio Fuga. – Londrina, PR: Thoth, 2020.

- GILLES, Peter. Civil Court Proceedings, Technology and “E-Procedural Law” – on the beginnings of an electronification of civil proceedings in Germany and its codification in the German Code of Civil Procedure. In: GILLES, Peter; PFEIFFER, Thomas (org.). *Neu Tendenzen im Prozessrecht: Deutsche Landesberichte und weitere deutsche Beiträge zur Weltkonferenz für Prozessrecht in Salvador/Bahia, Brasilien, 2007*. Baden-Baden: Nomos, 2008.
- GOTTWALD, Peter. *Die Revisioninstanz als Tatsacheninstanz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABSCHEID, Walther J. Der Anspruch auf Rechtspflege. *Zeitschrift für Zivilprozess - ZZP*. Colônia; Berlim: Carl Heymanns, n. 67, 1954.
- HART, Herbert L.A. *The concept of law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- HÖMIG, Dieter; WOLFF, Heinrich Amadeus (org.). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Handkommentar*. 11ª ed. Baden-Baden: Nomos, 2016.
- ITHACA, John J. Barceló. Precedent in European Community Law. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Subdury: Dartmouth, 1997.
- JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. 25ª ed. Munique: C. H. Beck, 1998.
- JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht*. 30ª ed. Munique: C. H. Beck, 2011.
- KERN, Christoph. O papel das Cortes Supremas. Tradução Maria Angélica Feijó e Ronaldo Kochem. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 103, n. 948, p. 47–76, out./2014.
- KERN, Christoph. O Princípio da Imediaticidade no Processo Civil. Tradução Rafael de Souza Medeiros. *Revista de Processo Comparado – RPC: Journal of Comparative Procedural Law*. São Paulo: Thomson Reuters, ano 4, n. 8, julho-dezembro 2018, p. 113/137.
- KERN, Christoph A. O Processo Civil dos EUA e da Alemanha numa análise comparativa. Tradução Antonio do Passo Cabral. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, vol. 227, janeiro 2014, p. 249-271.
- KOCH, Harald. Non-class group litigation under EU and German Law. *Duke Journal of comparative and international Law*. Vol. 11. Durham: Duke University, 2001.
- KÜHNE, Ulrich. *Amicus Curiae*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamago. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste GULBENKIAN, 1997.
- LÖHR, Silke. *Prozessgrundrechte in Deutschland, Frankreich und England: Eine rechtsvergleichende Untersuchung*. Berlim: Duncker & Humblot, 2012.

- MAY, Artur. *Die Revision in den zivil- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*. Munique: Carl Heymanns, 1995.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A definição da interpretação da lei pelo STJ como requisito para a atuação do STF. *Revista de Processo*. vol. 311. ano 46. p. 167-187. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de Penumbra entre o STJ e o STF: a função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MEDINA, J. M. G.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Amicus curiae. In: DIDIER JR., Fredie; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Terceiro no Processo Civil Brasileiro - Estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.
- MITIDIERO, DANIEL. *Reclamação nas Cortes Supremas. Entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*. E-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German civil justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- OBERHEIM, Rainer. *Die Reform des Zivilprozesses: synoptische Gegenüberstellung des alten und des neuen Rechts mit erläuternder Einführung*. Neuwied; Kriftel: Luchterhand, 2001.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIEKENBROCK, Andreas; SCHULZE, Götz. Zulassung der Revision nach dem ZPO-Reformgesetz. *Juristenzeitung*. Tübingen: Mohr Siebeck, vol. 57, 2002.
- PRADILHO, Juan Carlos Ortiz; RAGONE, Álvaro J. Pérez. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO): Traducción con um estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
- RIMMELSPACHER, Bruno. *Zivilprozessreform*. 2002. Munique: C. H. Beck, 2002.

- ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 15ª ed. Munique: C. H. Beck, 1993.
- ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 18ª ed. Munique: C.H. BECK, 2018.
- ROTH, Herbert. Zur Überwindung gesetzgeberischer Modellvorstellungen im zivilprozessualen Berufungsrecht durch das bessere Argument der höchstrichterlichen Rechtsprechung. In: GSELL, Beate; HAU, Wolfgang (org.). *Rechtsmittel im Zivilprozessm - Hommagean Bruno Rimmelspacher*. Baden-Baden: Nomos, 2019.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2ª ed. São Paulo: Cortês, 2008.
- SERAU JR., Marco Aurélio. Relevância da questão federal como filtro de admissibilidade do recurso especial: análise das propostas de emenda constitucional n. 209/2012 e n. 17/2013. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, vol. 224.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, ano 55, n. 352, fev./2007.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- THAMAY, Rennan e JUNIOR, Vanderlei Garcia. O Sistema Brasileiro de Precedentes: (In) Viabilidade Sistêmica? In: *O Superior Tribunal de Justiça e a aplicação do direito: estudos em homenagem aos 30 anos do Tribunal da Cidadania*. Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, Daniel Octávio Silva Marinho (coordenadores); prefácio Mauro Campbell Marques; apresentação Ari Jorge Moutinho da Costa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br>. Acesso em: 18 junho 2019.
- TRAUT, Ludger T. *Der Zugang zur Revision in Zivilsachen*. Köln; Berlin; München: Carl Heymanns, 2006.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Contra o processo autoritário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 242, abril/2015.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de*

- Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 172, jun./2009.
- WEINLAND, Alexander. *Die neue Musterfeststellungsklage*. Munique: C.H. Beck, 2019.
- WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC* (Coleção Liebman). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- WINTER, Thomas. Die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO – rechtliche Bindung oder freies Annahmeverfahren? In: GSELL, Beate; HAU, Wolfgang (org.). *Rechtsmittel im Zivilprozess- Hommage an Bruno Rimmelspacher*. Baden-Baden: Nomos, 2019.
- ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDIAZIONE CIVILE OBBLIGATORIA IN ITALIA: ART. 8 DEL D.LGS. 28/2010. IL PRIMO INCONTRO DI MEDIAZIONE ALLA LUCE DELLA RIFORMA CARTABIA E DEL “CORRETTIVO” (D. LGS. N. 216 DL 21.12.2024)³³⁴

MEDIAÇÃO CIVIL OBRIGATÓRIA NA ITÁLIA: ART. 8 DO DECRETO LEGISLATIVO Nº. 28/2010. A PRIMEIRA REUNIÃO DE MEDIAÇÃO À LUZ DA REFORMA DE CARTABIA E DO “CORRETIVO” (DECRETO LEGISLATIVO N.º 216 DL 21.12.2024)

Giuseppe Ruotolo

Avvocato. Mediatore civile e formatore teorico-pratico. Svolge la funzione di Custode Giudiziario per conto del Tribunale di Verona Laurea in Giurisprudenza presso l'Università di Bologna. E-mail: giusepperuotolo@cnfpec.it giusepperuotolo@avvocatiassociativerona.it www.avvocatiassociativerona.it

ABSTRACT: Dopo l'entrata in vigore della Riforma Cartabia nella sua interezza, forti anche delle esperienze fin qui acquisite, sembra opportuna qualche riflessione sui cambiamenti apportati al procedimento di mediazione, pur nella consapevolezza che molto ancora ci sarà da dire nel prosieguo col maturare di nuove e più consolidate prassi che nel frattempo ancora si succederanno e, soprattutto, sulla scorta degli interventi giurisprudenziali che sicuramente non mancheranno. Per rendere intanto più comprensibile questo primo approccio, ho elaborato un raffronto tra vecchio e nuovo art. 8 del D. Lgs. 28/10, “vivisezionandolo” in entrambe le formulazioni e raccogliendo quindi gli argomenti dallo stesso disciplinati: ne è venuto fuori un testo forse particolarmente “originale”, ma comunque funzionale all'intento perseguito.

KEYWORDS: Procedura di mediazione; nuove pratiche; giurisprudenza; D.Lgs. 28/10; funzionalità.

RESUMO: Após a entrada em vigor da Reforma de Cartabia na sua totalidade, também reforçada pelas experiências adquiridas até ao momento, afigura-se oportuno refletir sobre as alterações introduzidas no procedimento de mediação, estando consciente de que ainda haverá muito a dizer no futuro com o amadurecimento de novas práticas e mais consolidadas que, entretanto ainda se sucederão e, acima de tudo, com base nas intervenções jurisprudenciais que certamente não faltarão. Nesse ínterim, para tornar essa primeira abordagem mais compreensível, fiz uma comparação entre o antigo e o novo art. 8 do Decreto Legislativo 28/10, “vivisseccionando-o” em ambas

³³⁴ Artigo recebido em 11/06/2025 e aprovado em 15/06/2025.

as formulações e, assim, coletando os argumentos que ele regula: o resultado é um texto talvez particularmente "original", mas ainda funcional para a intenção perseguida.

PALAVRAS-CHAVE: Procedimento de mediação; práticas novas; jurisprudência; Decreto Legislativo 28/10; funcionalidade.

1 – COMMA 1: INTRODUZIONE DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE E ADEMPIMENTI (ANEXO 1)

Nel 2022/2023, in Italia, è entrata in vigore la Riforma Cartabia, che ha innovato profondamente il processo civile e la procedura di mediazione ³³⁵, incidendo fin dall'introduzione della procedura di mediazione, D.Lgs. 28/2010, art.8.

Poche parole sul **1° comma**, che riguarda l'introduzione più che lo svolgimento del procedimento di mediazione e solo per evidenziare la

volontà del legislatore della riforma di rendere più flessibile la fissazione del primo incontro, ora ancorata anche alla volontà comune delle parti, le quali possono decidere una data successiva ai (nuovi) termini massimi (quaranta giorni) o precedente ai minimi (venti giorni), previsti dalla norma.

È invece resa di competenza dell'Organismo l'attività – in precedenza concorrente e comunque secondaria rispetto a quella essenziale rimessa all'istante – di comunicazione, al chiamato in mediazione, della data del primo incontro, della sede e orario dell'incontro, della modalità di svolgimento della procedura e di "ogni altra informazione utile".

2 – COMMA 5: L'ASSISTENZA (ANEXO 2)

Veniamo al **comma 5** che riprende il secondo cpv. del co. 1 dell'art. 8 anteriori

³³⁵ Fabio Valenza, *La filosofia del nuovo modello di mediazione civile e commerciale portato dalla riforma Cartabia*, Consiglio Nazionale del Notariato, 01.03.2024 https://www.notariato.it/it/ufficio_studi/studio-n-1-2023m-la-filosofia-del-nuovo-modello-di-mediazione-civile-e-commerciale-portato-dalla-riforma-cartabia/
Elisabetta Mazzoli, Daniela Savio, Andrea Sirotti Gaudenzi, *Negoziazione assistita, Mediazione civile e Arbitrato dopo la Riforma Cartabia*, Maggioli Editore, Agosto 2023 https://www.maggiolieditore.it/negoziazione-assistita-mediazione-civile-e-arbitrato-dopo-la-riforma-cartabia.html?gad_source=1&gad_campaignid=22483577218&gbraid=0AAAAADmn0qsqaDNB4GxqJdkJWnM42neOB&gclid=CjwKCAjwo4rC

BhAbEiwAxxhJlCeJZmTUGOJlSkUAKmEMetSZL74uPAKtC_0ri21033ALTzLFz-3ab2hoC_jQQAvD_BwE
Marco Marinaro, *Diritto della mediazione civile e commerciale*, 2a edizione 2024 <https://ecommerce.ilsole24ore.com/shopping/24/diritto-della-mediazione-civile-e-commerciale-2a-edizione-2024.html>
Giovanni Matteucci, *Mediazione civile e commerciale in Italia dopo la Riforma Cartabia. Da Zalecuo di Locri Epizefiri (VII sec. a.C.) all'intelligenza artificiale (2024)*, Aracne Editrice, 06.09.2024 <https://www.aracneeditrice.eu/anteprime/9791221814514.pdf>

Possiamo rilevare come la vecchia disciplina, dedicava solo poche righe alla presenza dei mediandi nel procedimento, stabilendo un dovere generico di presiedere, col proprio avvocato, non solo al primo incontro, ma per tutta la durata dello stesso: nulla era però specificato su come dovesse essere attuata questa partecipazione. Questo vuoto regolamentare ha scatenato una ridda di interpretazioni ed è capitato e capita che il mediatore trovi al proprio tavolo un legale investito di entrambi i ruoli (parte ed assistenza alla parte) in forza di una procura conferita dal cliente, “autenticata” dallo stesso avvocato.

Non mancano però dissensi sul doppio ruolo affidato al legale, rilevandosi come tale pratica finisca per snaturare il procedimento.

Tale “anomalia” non è d'altra parte sfuggita nemmeno alla censura

della giurisprudenza, che fin dalle note sentenze del 2019 della Cassazione³³⁶, pur ritenendo sufficiente la delega a favore di terzi ed anche, in ipotesi, a favore degli stessi legali, richiede comunque “una procura sostanziale” a firma del cliente, non però autenticabile dal legale, il cui potere di autentica è dalla legge limitato solo per la procura alle liti³³⁷.

La giurisprudenza successiva ha sempre confermato questo orientamento, dichiarandosi favorevole al doppio ruolo e, quindi, alla presenza personale dei mediandi sopperita, solo quando necessario da una delega, diversa comunque dalla procura alle liti³³⁸.

Il nuovo comma 5 dell'art. 8 impone ora l'obbligo dell'assistenza solo per le mediazioni obbligatorie (art. 5 co. 1) e per le demandate e, facendo anche tesoro degli insegnamenti

³³⁶ Cass. 8473 del 27.3.19 e Cass. 18068 del 5.7.19

Adriana Capozzoli, *Mediazione: la Cassazione interviene sulla condizione di procedibilità: un'occasione mancata!*, Altalex, Cassazione civile, sez. III, sentenza 27/03/2019 n° 8473, Altalex, 11.04.2019

<https://www.altalex.com/documents/news/2019/04/01/mediazione>

Armando Pasqua, *Mediazione obbligatoria: quali sono gli adempimenti necessari*, Commento a sentenza della III Sezione Civile della Corte di Cassazione, n. 18068 del 9 maggio 2019 e depositata il 5 luglio 2019, Aequitas formazione adr, 10.07.2019

https://www.aequitasformazioneadr.it/site/dettaglio.php?id_noticia=35

³³⁷ Cod.proc.civ. Art. 83. Procura alle liti ...La procura speciale può essere anche apposta in

calce o a margine della citazione, del ricorso, del controricorso, della comparsa di risposta o d'intervento del precetto o della domanda d'intervento nell'esecuzione, ovvero della memoria di nomina del nuovo difensore, in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente designato. In tali casi l'autografia della sottoscrizione della parte deve essere certificata dal difensore.

³³⁸ Cfr. ex plurimis: Trib. Milano n. 7689/23; Trib. Roma n. 10276/23; Corte Appello Napoli n. 127/23; Trib. Torino, 18.3.22

<https://i2.res.24o.it/pdf2010/S24/Documenti/2024/01/16/AllegatiPDF/TribMilano7689.pdf>

<https://www.101mediatori.it/sentenze-mediazione/l-assenza-ingiustificata-al-procedimento-di-mediazione-costituisce-argomento-di-prova-valutabile-dal-giudice-e-comporta-la-condanna-al-versamento-di-1229.aspx>

provenienti dalla Corte Europea³³⁹ – che a loro volta riprendevano altri precedenti in materia, soprattutto, di tutela del Consumatore – non richiede più l’assistenza (e quindi i costi) di un legale nelle mediazioni facoltative: ciò sia detto senza entrare nel merito di regolamenti interni di singoli Organismi che l’assistenza richiedono invece comunque e per qualsiasi tipo di mediazione.

3 – COMMA 4: I GIUSTIFICATI MOTIVI

Per quanto riguarda la partecipazione, interviene il nuovo **comma 4**, che così dispone:

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. I soggetti diversi dalle persone fisiche partecipano alla procedura di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti

dei poteri necessari per la composizione della controversia. Ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale

Emerge dunque la volontà del legislatore della riforma di dare maggiore coerenza alla partecipazione personale dei mediandi i quali, ora, solo in presenza di giustificati motivi, possono evitare di essere presenti attorno al tavolo di mediazione.

Viene però subito da chiedersi in cosa consistono questi giustificati motivi ma, soprattutto, a chi spetta di accertarne la ricorrenza.

Ebbene, sgomberiamo subito il campo dalla tentazione di pensare che il legislatore abbia voluto ridisegnare la figura del mediatore, che rimane invece sempre quella indicata e confermata nell’art. 1, del d.lgs. 28/10³⁴⁰, priva pertanto del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti. È evidente, allora, come non possa essere rimessa al mediatore la valutazione sulla sussistenza o meno dei giustificati motivi³⁴¹ cosa che, tra l’altro, potrebbe portarlo anche ad un coinvolgimento in

³³⁹ cfr. Corte di Giustizia Europea n. 457 del 14 giugno 2017

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=191706&doclang=IT>

³⁴⁰ D.Lgs. 28/10, art. 1, definisce il mediatore “la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo”.

³⁴¹ Trib. Firenze 1562 del 16.5.24 “All’introduzione dei “giustificati motivi” non

corrisponde una nozione legislativa che li definisca, non essendo tra l’altro possibile, a parere di questo Giudice, tipicizzare le ragioni che rendono necessaria la nomina di un rappresentante. Spetta piuttosto al Giudice valutare le ragioni che hanno indotto a rilasciare la procura”.

Sara Salmazo, *Spetta al giudice la valutazione dei giustificati motivi per non presenziare personalmente in mediazione*, 101 mediatori, 22.08.2024

<https://www.101mediatori.it/sentenze-mediazione/spetta-al-giudice-la-valutazione->

una polemica con una delle due o più parti presenti al tavolo di mediazione, mettendo così in discussione fin da subito quella “equiprossimità” che invece deve sempre caratterizzarlo.

Quello che parrebbe essere richiesto al Mediatore e, forse, allora di “fotografare” quanto gli viene riferito dai mediandi per giustificare l’eventuale assenza e contestuale sostituzione di uno di essi, accompagnata da delega a favore di altro soggetto (anche lo stesso avvocato, ma con le precisazioni che abbiamo ricordato poco sopra).

La ragione della mancata presenza va quindi, sempre a mio avviso, verbalizzata asetticamente dal mediatore, lasciando poi al Giudice del successivo eventuale giudizio promosso a seguito dell’esito negativo della mediazione, di decidere se quella

assenza sia o meno giustificata da validi motivi, ai fini delle sanzioni previste dal nuovo art. 12-bis³⁴².

Per inciso, va detto che la sanzione per la mancata partecipazione senza giustificato motivo al primo incontro, non può ritenersi esclusa per la mediazione facoltativa alla quale – per il principio per cui il Legislatore “*ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*” – pertanto, deve considerarsi ugualmente applicabile.

D’altra parte, andrebbe parimenti verbalizzata dal mediatore l’eventuale abbandono del tavolo (in astratto pure possibile) da parte dell’istante che non “gradisca” la sostituzione, sempre per consentire al Giudice ogni valutazione e vista l’impossibilità che a quel punto si presenterebbe di svolgere il primo incontro.³⁴³

dei-giustificati-motivi-per-non-presenziare-personalmente-in-mediazione-1524.aspx

³⁴² D.Lgs. 28/10, Art. 12-bis

(Conseguenze processuali della mancata partecipazione al procedimento di mediazione)

1. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al primo incontro del procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell’articolo 116, secondo comma, del Codice di procedura civile.

2. Quando la mediazione costituisce condizione di procedibilità, il giudice condanna la parte costituita che non ha partecipato al primo incontro senza giustificato motivo al versamento all’entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio.

3. Nei casi di cui al comma 2, con il provvedimento che definisce il giudizio, il giudice, se richiesto, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento in favore della controparte di una somma

equitativamente determinata in misura non superiore nel massimo alle spese del giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione.

4. Quando provvede ai sensi del comma 2, il giudice trasmette copia del provvedimento adottato nei confronti di una delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, al pubblico ministero presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti, e copia del provvedimento adottato nei confronti di uno dei soggetti vigilati all’autorità di vigilanza competente.

³⁴³ Cfr. Trib. Roma 14.12.2015 e 25.01.2016 Luigi Majoli, Tribunale di Roma, sez. XIII civile, ordinanza 14 dicembre 2015, adrlntesa, <https://www.adrintesa.it/news-mediazione-civile/giurisprudenza/tribunale-di-roma-sez-xiii-civile-ordinanza-14-dicembre-2015> https://www.anpar.it/wp-content/uploads/2016/03/files_tribunale-roma-ordinanza-25-01-2016.pdf

A tal proposito, merita di essere menzionata una recente sentenza della Tribunale di Napoli³⁴⁴ che, ha statuito come: *“le conseguenze del rifiuto ingiustificato di procedere e di partecipare alla mediazione sono, se espresso dall’istante/attore, sovrapponibili alla mancanza tout court dell’introduzione della domanda di mediazione”*. Diversamente ragionando sarebbe *“un’aporia ritenere soddisfatto il precetto della legge in materia di mediazione obbligatoria e demandata, ritenendo che sia sufficiente al fine di integrare la condizione di procedibilità la semplice formale introduzione della domanda”*.

Ma il legislatore della riforma è andato oltre, con ciò rendendo ancora più difficile disertare il tavolo di mediazione: il delegato, infatti, non potrà essere più un parente o un amico che a ciò si presti per fare un piacere alla parte interessata nel frattempo “impegnata” in altre faccende.

La persona che si presenterà in mediazione in sostituzione, infatti, dovrà essere a conoscenza delle questioni per cui è sorta la controversia e, inoltre, dovrà essere anche investito del potere di comporre la stessa, questo perché – come vedremo in seguito – ora ancor più di prima, la mediazione può concludersi con accordo già al primo incontro.

Ma la ragione principale è che chi siede dall’altra parte del tavolo, deve poter contare su un confronto con la persona che è causa del conflitto portato in mediazione e con la quale deve poter contare di discutere, affrontando tutte le questioni che lo hanno generato.

È evidente, allora, che una presenza “di comodo” non potrà essere quindi equiparata alla presenza personale e, anche in questo caso, il Mediatore dovrà “fotografare” la situazione, richiedendo ai rappresentanti (o delegati) di dichiarare i propri poteri, se siano a conoscenza dei fatti e se siano muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia, riportando poi a verbale le risposte ricevute e rimettendo al Giudice ogni valutazione e conseguenza, in caso di fallimento della mediazione.

Non diversa è la situazione per le persone giuridiche, anche loro chiamate a partecipare tramite *“rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia”*.

Rappresentanze e poteri che il Mediatore anche in questo caso dovrà accertare, richiedendo – ove necessario e non desumibile dalla documentazione prodotta – da dove

³⁴⁴ Trib. Napoli n. 1019/2024

MondoADR, *Mancata presenza in mediazione senza giustificazione, domanda improcedibile*, Redazione, 03.04.2024

https://www.mondoadr.it/giurisprudenza_art/mancata-presenza-in-mediazione-senza-

giustificazione-domanda-improcedibile/#:~:text=In%20questi%20termini%20si%20è,esperimento%20del%20tentativo%20di%20mediazione.

essi discendano e riportandone anche in tal caso le relative risposte a verbale.

4 – CO. 4-BIS: IL “CORRETTIVO”

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.

Il Decreto Legislativo n. 216 del 27 dicembre 2024, recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n.149, (ed appunto chiamato *Correttivo*) in

materia di mediazione civile e commerciale e negoziazione assistita³⁴⁵, ha introdotto il co. 4-bis, ciò probabilmente per colmare il dubbio di quanti, preoccupati più della forma che non della sostanza, si erano chiesti come mai si dovesse provvedere a munire di poteri necessari per la composizione della controversia quel “*rappresentante a conoscenza dei fatti*” cui fa riferimento il co. 4 dell’art. 8. Non di rado, infatti, capita che il legale che si avvicina al tavolo del mediatore, anche forse per evitare di recare fastidi emotivi al proprio assistito, voglia però al contempo non trovarsi nemmeno di fronte ad un’obiezione sulla non corretta modalità di partecipazione all’incontro che possa poi influire negativamente sullo sviluppo della mediazione stessa, magari anche con conseguenze sul piano processuale, in caso di esito negativo: dimenticando così che ciò che conta è invece l’accorta verifica della presenza di quei “*giustificati motivi*” che possano consentire la delega e la cui effettiva presenza, come abbiamo visto (cfr. nota 6) dovrà poi essere valutata dal Giudice!

In ogni caso, il co. 4-bis ora chiarisce che la delega, priva di firma autenticata, deve contenere gli estremi del documento di identità del

³⁴⁵ Giovanni Matteucci, *Mediazione civile obbligatoria, l'esperienza italiana. Il “Correttivo”* 25.01.2025. *Ulteriore passo avanti*, Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) v. 26, n. 2, 2025, DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2025.9158>

delegante e deve essere presentata all'incontro dal delegato, insieme a una copia del documento di quest'ultimo, pur'esso non autenticato, per essere acquisiti al fascicolo della procedura.

Scontato invece il riferimento alla delega autenticata da pubblico ufficiale, qualora con l'accordo le parti *“concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 c.c.”*, atti soggetti a trascrizione (art. 11, co. 7).

Viene da domandarsi a questo punto però e ferma sempre la presenza di *“giustificati motivi”* che impediscano la partecipazione personale, se la delega debba essere riferita solo alla circostanza che chi presiede è *“a conoscenza dei fatti”* o se, piuttosto, debba essere ben più ampia.

Non dimentichiamoci infatti che il co. 6 dell'art 8 (vedi seguito) stabilisce che il Mediatore *“si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione”* e che, d'altra parte – come abbiamo visto – il co. 4 statuisce che il delegato deve essere *“munito dei poteri necessari per la composizione della controversia”*.

Può quindi ben capitare che un accordo si raggiunga già al primo incontro ed allora ecco che la delega dovrà essere quanto più dettagliata e, quindi, non avere un contenuto semplicemente formale con il quale, ad esempio, si conferisce al delegato un potere di disporre totalmente dei diritti/interessi coinvolti, con clausola di rato e valido del suo operato (non si prende qui in considerazione l'ipotesi di accordi per i quali è necessaria la procura speciale notarile ai sensi degli artt. 2643 c.c. e ss., essendo difficile se

non impossibile pensare che a ciò possa addivenirsi già al primo incontro).

Ecco che allora torna qui quel riferimento alla *“procura sostanziale”* a firma del cliente, non però autenticabile dal legale, su cui la Cassazione si è soffermata (cfr. nota 1), *“avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto (ovvero, deve essere presente un rappresentante a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia, come previsto dal progetto della Commissione Alpa sulla riforma delle ADR all'art. 84)”*.

In altre parole, quindi, chi è delegato, dovrà considerare una partecipazione *“completa”* al primo incontro, non solo quindi limitata alla conoscenza dei fatti, ma anche al potere di disporre del diritto in contesa, e con l'avvertenza che, sempre secondo l'insegnamento della Cassazione, la parte può 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”*.

5 – COMMA 6, 1° CPV.: LA MEDIAZIONE INIZIA AL PRIMO ENCONTRO (ANEXO 3)

la prima parte del nuovo **comma 6** riprende il terzo capoverso del 1° co. dell'art. 8, unitamente al co. 3 dello stesso: qui risulta con tutta evidenza la novità del procedimento.

Il primo incontro, infatti, non è più semplicemente (e solo) “informativo” e il Mediatore non richiede più alle parti e i loro avvocati di *“esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione”*, le informazioni fanno infatti ora parte di un primo incontro che è già mediazione a tutti gli effetti, né i mediandi potranno più chiedere al mediatore un eventuale rinvio per decidere se “entrare” in mediazione, che è quindi già iniziata nel momento in cui i mediandi si siedono attorno al tavolo di mediazione.

Perdono quindi di interesse i dibattiti intorno all’“effettività” della mediazione e sul se i mediandi siano liberi o no di “proseguire” la mediazione semplicemente accampando giustificazioni di comodo o dovendo avere invece ragioni valide, o sul se e quando siano invece tenuti comunque a “proseguire oltre il primo incontro”, che tanto aveva impegnato la giurisprudenza dando vita, appunto, alla teoria del c.d. *“principio di effettività”*³⁴⁶.

Quali dunque le conseguenze di questa importante scelta legislativa?

Partiamo dal fondo e consideriamo quindi la mancata partecipazione al primo incontro.

È evidente allora che se, come detto, il primo incontro è ora già

mediazione a tutti gli effetti, le conseguenze processuali della mancata partecipazione al procedimento di mediazione, dettate dall’art. 12-bis, siano per forza e logicamente connesse solo alla mancata adesione, laddove le conseguenze della mancata partecipazione, intesa come mancata prosecuzione a seguito delle informazioni propinate dal Mediatore, erano invece stabilite dal co. 4-bis del vecchio art. 8³⁴⁷.

Invero, l’ipotesi di “mancata partecipazione” sanzionabile ai sensi dell’art. 12-bis è anche ravvisabile nel caso di mancata presenza personale senza giustificato motivo che il Giudice (non il mediatore, quindi...) ritenga tale a seguito di quanto risulterà riportato nel verbale di primo incontro.

Quanto agli esiti del primo incontro, successivi alla disamina di tutti gli aspetti della controversia (*...e si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione*), non possono essere che i seguenti:

a) i mediandi dopo avere discusso tutte le problematiche nel termine previsto dal Regolamento dell’Organismo per la durata del primo incontro³⁴⁸, concludono un accordo di conciliazione;

non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all’entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per giudizio”

³⁴⁸ Art. 22 D.M. 150 “Il regolamento di procedura contiene le regole di procedura seguite dall’organismo e almeno le seguenti indicazioni: lettera n) “la disponibilità temporale destinata dall’organismo allo

³⁴⁶ Cfr., ex plurimis, Trib. Roma 26.5.16 e 26.6.18, Trib. Firenze 5.7.17, Trib. Pavia 20.1.17, C.A. Milano 10.5.17, C.A. Napoli 11.01.18

³⁴⁷ 4. bis “Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell’articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall’articolo 5,

b) i mediandi dopo avere discusso tutte le problematiche nel termine previsto dal Regolamento dell'Organismo per la durata del primo incontro, concludono negativamente il procedimento;

c) i mediandi dopo avere discusso tutte le problematiche nel termine previsto dal Regolamento dell'Organismo per la durata del primo incontro, per varie ragioni, decidono di continuare la mediazione già iniziata in un altro incontro.

Si badi bene, in quest'ultimo caso non è (più) il Mediatore a richiedere a mediandi e legali se intendono "iniziare" la mediazione, come avveniva prima; sono i mediandi (o i loro legali) a chiedere al Mediatore di aggiornare la mediazione ad un nuovo incontro per le ragioni più varie, ivi incluse anche quelle di mancanza di tempo a disposizione per concludere la mediazione. Il tutto sempre nella consapevolezza che la mediazione è già in corso ed è per loro utile.

È superfluo quindi precisare che starà ora al Mediatore, nel momento in cui presenta le regole del procedimento, soffermarsi chiaramente su quest'ultima importante circostanza ad evitare malintesi successivi, anche collegati al pagamento delle nuove indennità dovute, pur'esse da illustrare in ogni

caso doviziosamente ³⁴⁹ in sede di primo incontro.

Solo il tempo e la prassi ci dirà poi se – pur nella chiarezza della norma che non permette, come detto, epiloghi del primo incontro diversi da quelli di cui sopra – sia comunque ipotizzabile un rinvio che potremmo definire "tecnico" e a quali condizioni: si pensi per esempio al caso della mancata o fallita comunicazione dell'invito al chiamato, o altre ipotesi simili. Ma non quelli – sempre per esempio – della richiesta alla controparte di completamento della documentazione esibita, o della necessità emersa di svolgere una CTM o di chiamare un terzo in mediazione, a seguito della compiuta esposizione di fatti e circostanze da parte dei presenti.

Altra cosa è la verifica congiunta in sede di primo incontro e che obiettivamente faccia emergere la necessità che quel primo si sarebbe dovuto rinviare fin dall'origine (c.d. rinvio "tecnico, appunto), essendo palese che la mediazione doveva essere estesa anche ad altri soggetti.

In tali ultimi casi, infatti, a mio sommo avviso, è palese l'interesse a continuare la mediazione già iniziata, ritenuta utile dai mediandi per la soluzione del conflitto: proprio grazie a quel documento mancante, o a quella perizia che dovrà essere eseguita per

svolgimento del primo incontro, non inferiore a due ore, e le condizioni per la sua eventuale estensione nell'ambito della medesima giornata"

³⁴⁹ Cfr. artt. 28 e ss. D.M. 150/23 <https://www.normattiva.>

[it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-10-31&atto.codiceRedazionale=23G00163&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=0&qId=b2d5b5ea-750c-45b7-a4fe-869111327a32&tabID=0.9518926087371014&title=lbl.dettaglioAtto](https://www.gazzettaufficiale.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-10-31&atto.codiceRedazionale=23G00163&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=0&qId=b2d5b5ea-750c-45b7-a4fe-869111327a32&tabID=0.9518926087371014&title=lbl.dettaglioAtto)

meglio capire, o alla presenza attorno al tavolo di un altro soggetto che, dall'esposizione fatta da qualcuno dei mediandi, si è appurato essere indispensabile per trovare una soluzione.

Sarebbe d'altra parte contrario allo spirito della mediazione (oltre che alla norma che, infatti non lo prevede) subordinare l'inizio della mediazione ad una futura valutazione tecnica da svolgersi comunque in mediazione, o ad una successiva produzione documentale che avverrebbe pur'essa in mediazione o, infine, alla convocazione in mediazione di un altro soggetto: a meno di non volere mancare di rispetto alla figura del mediatore e, quindi, alla mediazione stessa (come dire: "*prima vedo se mi conviene e poi decido...*"), ciò che appunto la riforma vuole sicuramente scongiurare.

6 – COMMA 6, 2° CPV: BUONA FEDE DI MEDIANDI E AVVOCATI, VERBALE DEL PRIMO INCONTRO

Recita poi il **2° cpv del comma 6**, con altra disposizione innovativa:

Le parti e gli avvocati che le assistono cooperano in buona fede lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse. Del primo incontro è redatto, a cura del

mediatore, verbale sottoscritto da tutti i partecipanti

La disposizione dimostra ancora una volta il *favor* del legislatore della riforma per una mediazione che si svolga, non solo alla presenza dei mediandi e rispettivi avvocati, ma anche in buona fede tra gli stessi, chiamati a scambiarsi tutte le informazioni e discutere quindi lealmente sulle questioni oggetto del procedimento.

Viene da chiedersi come questo precetto, denso di buone intenzioni, possa effettivamente concretarsi all'atto pratico e come il mediatore possa richiedere la cooperazione nel senso auspicato dalla norma.

In teoria, infatti, quest'ultimo è autorizzato a verbalizzare una presenza da parte di legali e avvocati che ai suoi occhi appaia solo formale e quindi non volta ad una leale cooperazione in buona fede.

Ma credo che nella pratica sarà difficile che ciò avvenga e ciò pur volendo considerare quanto la Cassazione ha ritenuto di precisare con riferimento al legale che assiste la parte in mediazione³⁵⁰,

È vero, infatti, che il Codice Deontologico Forense impone precise regole all'avvocato, ma è anche vero che, fuori dalle ipotesi di macroscopici atteggiamenti tenuti dal legale che assiste la parte in mediazione, è

³⁵⁰ Cfr. nota 1: "*la progressiva emersione di una figura professionale nuova, con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale ed umano inclusa la capacità di intendere gli interessi delle parti al di là delle*

pretese giuridiche avanzate...all'avvocato esperto in tecniche processuali che" rappresenta "la parte nel processo si affianca l'avvocato esperto in tecniche negoziali che" assiste "la parte nella procedura di mediazione".

difficile ipotizzare censure verbalizzate dal parte del Mediatore che semmai, ed anche in tale circostanza potrà, a mio avviso ed ancora una volta, “fotografare” a verbale la mancanza di collaborazione che a lui sia risultata evidente nel momento in cui si trovi a dover dare atto, in forza di ciò, della definizione della mediazione con esito negativo.

Sui risvolti che poi in sede giudiziale potranno avere tali rilievi, sarà comunque interessante seguire l’evolversi giurisprudenziale, come sarà del pari importante vedere anche se gli stessi potranno comportare, ove denunciati, sanzioni per gli iscritti da parte dei locali Consigli Distrettuali di Disciplina³⁵¹.

Di notevole rilievo è poi la specifica indicazione normativa che impone come del primo incontro sia redatto, a cura del mediatore, verbale sottoscritto da tutti i partecipanti.

Il legislatore esige dunque ora espressamente che rimanga traccia

ufficiale del primo incontro il cui svolgimento dovrà essere riepilogato nel verbale, tenendo conto di quanto fin qui detto con riferimento a: presenze e/o motivi di mancata presenza, deleghe, partecipazione in buona fede, ecc.. e, ovviamente, esito dello stesso. Niente, ovviamente, sul merito della controversia.

7 – COMMA 2: L’ELABORATO DEL CTM UTILIZZABILE IN GIUDI (ANEXO 4)

Detto che il **comma 3** del nuovo articolo 8 ricalca quello che era il 2° comma anteriforma³⁵², resta da parlare del **comma 7** dell’art. 8 che innova quanto era previsto nel 4° co. anteriforma.

E’ ora infatti esplicitamente prevista la facoltà dei mediandi di concordare che l’elaborato peritale (CTM – Consulente Tecnico in Mediazione) possa essere utilizzato nell’eventuale successivo giudizio ³⁵³.

³⁵¹ Cfr. in particolare: l’art. 9 “1. L’avvocato deve esercitare l’attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa, rispettando i principi della corretta e leale concorrenza.” e l’art. 27 1. L’avvocato deve informare chiaramente la parte assistita, all’atto dell’assunzione dell’incarico, delle caratteristiche e dell’importanza di quest’ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione”. 2. L’avvocato deve informare il cliente e la parte assistita sulla prevedibile durata del processo e sugli oneri ipotizzabili; deve inoltre, se richiesto, comunicare in forma scritta, a colui che conferisce l’incarico professionale, il prevedibile costo della prestazione. 3. L’avvocato, all’atto del

conferimento dell’incarico, deve informare chiaramente la parte assistita della possibilità di avvalersi del procedimento di negoziazione assistita e, per iscritto, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge”.

³⁵² “Il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell’organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell’organismo”

³⁵³ Alberto Del Noce, *La Consulenza Tecnica in mediazione dopo la Riforma Cartabia*, ntplus diritto, Il Sole 24ore 21.06.2024 <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/la-consulenza-tecnica-mediazione-la-riforma-cartabia-AGja4Mh>

In tal modo il legislatore della riforma ha voluto comporre una volta per tutte il dissenso giurisprudenziale tra chi, nel rispetto della riservatezza previste dagli artt. 9 1° co e 10 1° co³⁵⁴ del D.lgs. 28/10, riteneva non producibile la Consulenza nel successivo giudizio³⁵⁵ senza consenso dei mediandi chi, invece, la riteneva producibile, in quanto *“Nessuna norma del decreto legislativo 28/2010 fa divieto dell’utilizzo nella causa della relazione dell’esperto, fermo restando il generale obbligo di riservatezza*

anche del consulente, come di tutti gli altri soggetti che intervengono nel procedimento” e che entrerebbero nel giudizio come *“...prove atipiche, purché siano rispettati alcuni fondamentali principi dell’ordinamento stesso (e fra questi principalmente quello del contraddittorio) pur se valutata dal Giudice “...secondo scienza e coscienza, con prudenza, secondo le circostanze e le prospettazioni, istanze, e rilievi delle parti.*

Meno frequentemente ³⁵⁶ *per fondarvi la sentenza, più spesso per*

³⁵⁴ Art. 9 1. *“Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell’organismo o partecipa al procedimento di mediazione è tenuto all’obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo. “art. 10 1. Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l’insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio”.*

³⁵⁵ Cfr, Corte di Appello di Milano, sentenza 26.06.2021 - Est. Corte *“la CTU eseguita in sede di mediazione (in assenza di consenso della controparte) non può che aver attinto a dichiarazioni od informazioni acquisite del corso del procedimento e quindi non può fare ingresso nel successivo procedimento di merito*

³⁵⁶ Trib. Roma 17.3.14 est. Moriconi: *“Ritiene il giudice, alla luce delle precedenti considerazioni ed in un’ottica di equilibrato contemperamento fra l’esigenza, nei limiti in cui è normata, di riservatezza che ispira il procedimento di mediazione e quella di economicità e utilità delle attività che si compiono nel corso ed all’interno di tale procedimento, di poter dichiarare legittima ed*

*ammissibile la produzione nella causa alla quale pertiene la mediazione, dell’elaborato del consulente tecnico esterno... Invero i divieti previsti dalla legge come supra ricordati hanno per oggetto esclusivamente le dichiarazioni delle parti (di cui le informazioni - di cui pleonasticamente parla la legge - sono solo uno dei possibili contenuti). Viceversa l’attività del consulente in mediazione, all’esito degli accertamenti che compie (che non potranno consistere nel raccogliere e riportare dichiarazioni delle parti o informazioni provenienti dalle stesse, perché questo non è un suo compito e non rientra fra le attività che deve espletare, come del resto è previsto espressamente nell’ambito della causa dove la possibilità di acquisire informazioni dalle parti da parte del C.T.U. è subordinato ad espressa autorizzazione del giudice, cfr. 194 c.p.c.), si estrinseca (ed esaurisce) nella motivata esposizione dei risultati dei suoi accertamenti tecnico-specialistici”. Conf. Trib. Roma 9.4.15 e 16.7.15 Est. Dr. Moriconi in quest’ultima ordinanza il Giudice pone l’attenzione sulla circostanza che *“sia rispettato nello svolgimento della perizia il contraddittorio e che il perito si astenga dall’acquisizione, in mancanza del consenso, delle dichiarazioni delle parti, e che contenga “l’attività di consulenza nel perimetro dei quesiti che le parti di comune accordo abbiano inteso demandargli”.**

trarne argomenti ed elementi utili di formazione del suo giudizio”. E tra chi invece la riteneva *tout court* acquisibile, sia pure utilizzando l’elaborato secondo scienza e coscienza, con prudenza, secondo le circostanze, istanze e rilievi delle parti, ma senza alcun riferimento all’eventuale riservatezza dell’elaborato peritale svolto in mediazione³⁵⁷.

Nel silenzio della norma anteriforma, non era infrequente, infatti, la situazione in cui i mediandi si convincessero sulla necessità di svolgere una consulenza in mediazione per risolvere questioni considerate essenziali per la soluzione della controversia. Consulenza che però, poi, nel momento in cui veniva depositata al procedimento, era fatta oggetto, non tanto e non solo di critiche da parte di chi più rimaneva deluso delle conclusioni cui perveniva, ma anche di dubbi sulla sua attendibilità nonostante sia previsto l’obbligo di avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali, cui si aggiungevano animate discussioni sul valore che ai fini probatori avrebbe potuto avere all’interno del futuro giudizio.

Situazioni, queste, anche dovute dal non avere mai approfondito – mediandi e mediatore – tali questioni nel momento della nomina del

consulente, unitamente a quella sulle spese inerenti, ivi incluse quelle dei consulenti di parte e sul rischio di un nuovo esborso in sede giudiziale.

Se poi il verbale di nomina nulla diceva in punto, non era nemmeno infrequente che – chiusa la mediazione – uno dei mediandi producesse in giudizio l’elaborato senza farsi tanti problemi in tema di riservatezza e producibilità, con conseguenze che potevano avere ricadute anche sul piano strettamente deontologico.

La nuova norma, pur ricalcando nel contenuto la passata, va apprezzata per il fatto di richiamare però ora espressamente l’attenzione sulla possibilità di convenire tra i mediandi la producibilità in giudizio della perizia svolta in mediazione “*in deroga all’articolo 9*”.

Non solo: la stessa norma indica anche espressamente che la CTM in giudizio sarà “*valutata ai sensi dell’articolo 116, comma primo, del codice di procedura civile*”³⁵⁸.

8 – COMMA 2: PRESCRIZIONE E DECADENZA (ANEXO 5)

In ultimo va esaminato il **comma 2** del nuovo articolo 8 che si occupa qui di quanto prima era invece contenuto nel 6° comma dell’art. 5. Anche in questo caso si tratta di questione attinente gli istituti della

https://www.anpar.it/wp-content/uploads/2016/03/files_tribunale-roma-ordinanza-25-01-2016.pdf

³⁵⁷ Trib. Parma 13.3.15 - Est. Chiarelli.

<https://www.adrintesa.it/news-mediazione-civile/giurisprudenza/tribunale-di-parma-i-sez-civile-ordinanza-13-marzo-2015>

³⁵⁸ Cod.proc.civ. Art. 116. Valutazione delle prove. “*Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti*”.

prescrizione e decadenza e, quindi, non strettamente correlata col procedimento ma che, per completezza di trattazione richiede comunque un accenno ³⁵⁹.

Risulta da esso ora evidente come sia mutato quello che era l'effetto interruttivo dell'istanza (ora domanda) ³⁶⁰ di mediazione sui detti istituti.

Se infatti prima si riteneva che il termine di prescrizione o decadenza ricominciasse a decorrere dal deposito del verbale conclusivo della mediazione, ora è invece stabilito che la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale e impedisce la decadenza per una sola volta dal momento in cui perviene a conoscenza delle parti. Di conseguenza non è mancato chi ha sostenuto che i termini di prescrizione e decadenza dovrebbero comunque riprendere a decorrere dallo scadere di quello di cui all'art. 6 e, quindi, ora, non più tre mesi, ma sei mesi, a meno di conclusione anticipata della mediazione ³⁶¹.

In parziale soccorso è venuto il nuovo comma 4-bis dell'art. 11, introdotto dal correttivo Cartabia, il quale dispone: *“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 2 ³⁶², decorrente dal deposito del verbale conclusivo della mediazione presso la segreteria dell'organismo”*.

Viene però da chiedersi se la volontà congiunta dei mediandi possa o meno comunque influire su detti termini. In altre parole, se i mediandi intendono proseguire la mediazione per altri tre mesi oltre quelli previsti dalla norma e, poi, per ulteriori tre mesi, e così via, i termini di decadenza e prescrizione, quando ricominciano a decorrere? Possono essere derogati addirittura indefinitivamente e quindi anche nel caso in cui questi siano imposti rigidamente dalla legge?

Non c'è chi non veda le importanti implicazioni che possono discendere dalle risposte che verranno date dalla giurisprudenza a questi quesiti, e come esse impatteranno, ad

³⁵⁹ Maria Vittoria Occorsio, *Prescrizione e decadenza nelle ADR post riforma*, LinkedIn, 13.03.2023,

https://www.linkedin.com/pulse/prescrizione-e-decadenza-nelle-adr-post-riforma-occorsio/?fbclid=IwAR10XMi2ISE2VvPS6IK2Iz3EUEkry2BIB_FOKmsZzGD8PKnuLrKvK-7mWUA

³⁶⁰ Art. 4: *“2. La domanda di mediazione deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa.*

³⁶¹ Trib. Salerno 3851 del 16.9.23 *“in tale ottica deve ritenersi che il procedimento di mediazione, protrattasi oltre il termine di legge per volontà delle parti, abbia perso la sua*

tipicità e non sia in grado di fare salvi, per tutta la sua durata ulteriore, gli effetti interruttivi e sospensivi eccezionalmente previsti dall'art. 5 comma 6 citato”

<https://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/Trib-Salerno-3851-2023.pdf>

³⁶² *“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”*

esempio, sulle impugnazioni delle delibere condominiali³⁶³.

CONCLUSIONI: LA SENTENZA DEL TAR LAZIO N. 00364/2024

Come detto, dunque in apertura, la neonata “mediazione riformata” sta muovendo i primi passi: starà ora agli operatori comprendere ed applicare nel modo più consono la mutata normativa, anche con l’aiuto del buon senso, che mai deve mancare nell’ottica di consentire il miglior funzionamento di un istituto che, lungi dall’aver come (solo) scopo la deflazione del contenzioso, deve essere invece sempre più riconosciuto come vero strumento di pacificazione sociale e di risoluzione di controversie.

Da questo punto di vista, va allora accolta con sicuro favore la recentissima sentenza del Tar Lazio³⁶⁴ adito dal Codacons, che tacciava di

illegittimità la nuova disciplina dei costi della mediazione gravanti sulle parti³⁶⁵, pregiudizievole “*degli interessi dei cittadini e violative del diritto di accesso alla giustizia costituzionalmente garantito dall’articolo 24 della Carta Costituzionale, nonché dalle norme sovranazionali*” e di cui chiedeva pertanto “*l’annullamento, previo eventuale rinvio pregiudiziale alla CGUE*”.

Nel respingere il ricorso, il Tribunale ha invece rilevato la coerenza del Regolamento “*con lo spirito della riforma della mediazione*” e quindi immune lo stesso da vizi di incostituzionalità essendo le norme “*improntate ad un generale rafforzamento dell’istituto e, correlativamente, della professionalità dei mediatori*” dato che “*già dall’articolo 1, comma 4, lett. l) della ridetta legge 206/2021*”³⁶⁶ emerge la finalità della nuova disciplina,

³⁶³ Art. 1137 2° co. c.c. *Contro le deliberazioni contrarie alla legge o al regolamento di condominio ogni condomino assente, dissenziente o astenuto può adire l’autorità giudiziaria chiedendone l’annullamento nel termine perentorio di trenta giorni, che decorre dalla data della deliberazione per i dissenzienti o astenuti e dalla data di comunicazione della deliberazione per gli assenti.*

³⁶⁴ Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio N. 00364/2024 REG.RIC pubblicata il 17.3.25

<https://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/TAR-LAZIO-ROMA-5489-2025.pdf>

³⁶⁵ D.M. 24 ottobre 2023, n.150, con cui è stato approvato il 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

[https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-10-](https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-10-31&atto.codiceRedazionale=23G00163&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=0&qId=b2d5b5ea-750c-45b7-a4fe-869111327a32&tabID=0.9518926087371014&title=lbl.dettaglioAtto)

[31&atto.codiceRedazionale=23G00163&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=0&qId=b2d5b5ea-750c-45b7-a4fe-](https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-10-31&atto.codiceRedazionale=23G00163&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=0&qId=b2d5b5ea-750c-45b7-a4fe-869111327a32&tabID=0.9518926087371014&title=lbl.dettaglioAtto)

[869111327a32&tabID=0.9518926087371014&title=lbl.dettaglioAtto](https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-10-31&atto.codiceRedazionale=23G00163&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=0&qId=b2d5b5ea-750c-45b7-a4fe-869111327a32&tabID=0.9518926087371014&title=lbl.dettaglioAtto)

³⁶⁶ LEGGE 26 novembre 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.

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2021-11-26;206~art1-com3>

incentrata su una generale elevazione della formazione e del profilo culturale dei mediatori, in quanto strumenti divenuti indispensabili per fini deflativi e di buon funzionamento del “sistema giustizia”. Tutto quindi in sintonia “col rafforzamento della professionalità dei mediatori e del funzionamento dell’istituto, che, da inutile step procedimentale per accedere alla fase giudiziaria, deve divenire, nell’ottica del legislatore, effettivo strumento di composizione e ausilio delle controversie private”.

Per quanto riguarda l’asserita incostituzionalità, rileva il Tribunale come invece “Il ricorso al giudice è sempre consentito per determinate tipologie di provvedimenti e la stessa mediazione si atteggia quale condizione di procedibilità condizionata alla conclusione del primo incontro di mediazione. Il fatto che l’istituto sia stato reso più efficace, lungi dall’atteggiarsi a ostacolo al diritto di difesa, disvela il giusto intento di rendere la mediazione non un mero (inutile) passaggio procedimentale, ma un momento dialettico serio e ponderato tra le parti contendenti, nell’ambito del quale queste ultime

possono trovare un accordo, senza che sia preclusa la strada giudiziale”.

Anche la censura di illegittimità costituzionale del 5° comma del nuovo testo dell’articolo 17 del d.lgs. n. 28/2010³⁶⁷ viene respinta dal Tribunale e giustificata “nell’ottica di rafforzare la qualità e l’effettività dell’istituto”, con la conseguente “previsione del diritto degli organismi di percepire dalle parti un’indennità per le spese di avvio e per le spese del primo incontro. Quest’ultimo non è più gratuito e meramente informativo, ma rappresenta un momento essenziale in cui le parti sono realmente in grado di definire le posizioni convergenti...Ed allora la riforma delle spese di avvio della procedura si inserisce esattamente nelle ricordate finalità di implementazione dell’istituto in termini di effettività e di efficacia, specie quando il suo avvio è condizione di procedibilità della domanda giudiziale”.

Sembra allora finalmente imboccata la strada giusta che, coi risultati che saranno sicuramente acquisiti, porterà a smentire quella definizione dell’Italia come “Il Paese dove tutto finisce in Tribunale”³⁶⁸.

³⁶⁷ Con il decreto di cui all’articolo 16, comma 2, sono determinati:

- a) l’ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi pubblici, il criterio di calcolo e le modalità di ripartizione tra le parti;
- b) i criteri per l’approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati;
- c) gli importi a titolo di indennità per le spese di avvio e per le spese di mediazione per il primo incontro;

- d) le maggiorazioni massime dell’indennità dovute, non superiori al 25 per cento, nell’ipotesi di successo della mediazione;
- e) le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell’articolo 5, comma 1, ovvero è demandata dal giudice;
- f) i criteri per la determinazione del valore dell’accordo di conciliazione ai sensi dell’articolo 11, comma 3.

³⁶⁸ Cfr. Pierluigi Battista, *Il Paese dove tutto finisce in Tribunale*, Corriere della Sera 29.3.17 https://www.corriere.it/cronache/17_marzo_2

BIBLIOGRAFIA

Battista Pierluigi, *Il Paese dove tutto finisce in Tribunale*, Corriere della Sera 29.3.17

https://www.corriere.it/cronache/17_marzo_29/paese-dove-tutto-finisce-tribunale-935c7212-14c5-11e7-a7c3-077037ca4143.shtml

Capozzoli Adriana, *Mediazione: la Cassazione interviene sulla condizione di procedibilità: un'occasione mancata!*, Altalex, Cassazione civile, sez. III, sentenza 27/03/2019 n° 8473, Altalex, 11.04.2019 <https://www.altalex.com/documents/news/2019/04/01/mediazione>

Del Noce Alberto, *La Consulenza Tecnica in mediazione dopo la Riforma Cartabia*, ntplus diritto, Il Sole 24ore 21.06.2024. <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/la-consulenza-tecnica-mediazione-la-riforma-cartabia-AGja4Mh>

Marinaro Marco, *Diritto della mediazione civile e commerciale*, 2a edizione 2024. <https://ecommerce.ilsole24ore.com/shopping24/diritto-della-mediazione-civile-e-commerciale-2a-edizione-2024.html>

Matteucci Giovanni, *Mediazione civile e commerciale in Italia dopo la*

Riforma Cartabia. Da Zalecuo di Locri Epizefiri (VII sec. a.C.) all'intelligenza artificiale (2024), Aracne Editrice, 06.09.2024 <https://www.aracneeditrice.eu/anteprime/9791221814514.pdf>

Matteucci Giovanni, *Mediazione civile obbligatoria, l'esperienza italiana. Il "Correttivo" 25.01.2025. Ulteriore passo avanti*, Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) v. 26, n. 2, 2025, DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2025.91580>

Mazzoli Elisabetta, Daniela Savio, Andrea Sirotti Gaudenzi, *Negoziato assistito, Mediazione civile e Arbitrato dopo la Riforma Cartabia*, Maggioli Editore, Agosto 2023

https://www.maggiolieditore.it/negoziato-assistito-mediazione-civile-e-arbitrato-dopo-la-riforma-cartabia.html?gad_source=1&gclid=CjwKC-Ajwo4rCBhAbEiwAxxJlCeJZmTUGOJlSkUAKmEMetSZL74uPAKtC_Or-i21033AITzLFz-3ab2hoC_jQQAvD_BwE

Occorsio Maria Vittoria, *Prescrizione e decadenza nelle ADR post riforma*, Linkedin, 13.03.2023. <https://www.linkedin.com/pulse/prescrizione-e-decadenza-nelle->

[9/paese-dove-tutto-finisce-tribunale-935c7212-14c5-11e7-a7c3-077037ca4143.shtml](https://www.corriere.it/cronache/17_marzo_29/paese-dove-tutto-finisce-tribunale-935c7212-14c5-11e7-a7c3-077037ca4143.shtml)

adr-post-riforma-
occorsio/?fbclid=IwAR10XMi2ISE
2VvPS6IK2Iz3EUEkrv2BlB_FOkm
sZzGD8PKnuLrKvK-7mWUA

Pasqua Armando, *Mediazione
obbligatoria: quali sono gli
adempimenti necessari*,
Commento a sentenza della III
Sezione Civile della Corte di
Cassazione, n. 18068 del 9
maggio 2019 e depositata il 5
luglio 2019, Aequitas formazione
adr, 10.07.2019.
[https://www.aequitasformazione
adr.it/site/dettaglio.php?id_notici
a=35](https://www.aequitasformazioneadr.it/site/dettaglio.php?id_noticia=35)

Salmazo Sara, *Spetta al giudice la
valutazione dei giustificati motivi per
non presenziare personalmente in
mediazione*, 101 mediatori,
22.08.2024.

[https://www.101mediatori.it/sent
enze-mediazione/spetta-al-
giudice-la-valutazione-dei-
giustificati-motivi-per-non-
presenziare-personalmente-in-
mediazione-1524.aspx](https://www.101mediatori.it/sentenze-mediazione/spetta-al-giudice-la-valutazione-dei-giustificati-motivi-per-non-presenziare-personalmente-in-mediazione-1524.aspx)

Valenza Fabio, *La filosofia del nuovo
modello di mediazione civile e
commerciale portato dalla
riforma Cartabia*, Consiglio
Nazionale del Notariato,
01.03.2024.

[https://www.notariato.it/it/ufficio
_studi/studio-n-1-2023m-la-
filosofia-del-nuovo-modello-di-
mediazione-civile-e-
commerciale-portato-dalla-
riforma-cartabia/](https://www.notariato.it/it/ufficio_studi/studio-n-1-2023m-la-filosofia-del-nuovo-modello-di-mediazione-civile-e-commerciale-portato-dalla-riforma-cartabia/)

ANEXO 1

ANTE RIFORMA CARTABIA

Art. 8

(procedimento)

1. All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda.

La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante.

POST-RIFORMA CARTABIA

Art. 8

(procedimento)

1. All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti, **che deve tenersi non prima di venti e non oltre quaranta giorni dal deposito della domanda, salvo diversa concorde indicazione delle parti. L'istanza di mediazione, la designazione del mediatore, la sede e l'orario dell'incontro, le modalità di svolgimento della procedura, e la data del primo incontro e ogni altra informazione utile sono comunicate, a cura dell'organismo,** alle parti, con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione

ANEXO 2

ANTE RIFORMA CARTABIA

Art. 8

5. Nei casi previsti dall'articolo 5, comma 1, e quando la mediazione è demandata dal giudice, le parti sono assistite dai rispettivi avvocati.

POST-RIFORMA CARTABIA

Art. 8

(secondo cpv 1° comma)

Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato.

ANEXO 3

ANTE RIFORMA CARTABIA

Art. 8

(terzo cpv 1º comma)

Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento.

3. Il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia.

POST-RIFORMA CARTABIA

Art. 8

6. Al primo incontro, il mediatore espone la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, e si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione

ANEXO 4

ANTE RIFORMA CARTABIA

4. Quando non può procedere ai sensi del comma, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei

consulenti presso i tribunali. Il regolamento di

procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti.

POST RIFORMA CARTABIA

7. Il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti. Al momento della nomina dell'esperto, le parti possono convenire la producibilità in giudizio della sua relazione, anche in deroga all'articolo 9. In tal caso, la relazione è valutata ai sensi dell'articolo 116, comma primo, del codice di procedura civile.

ANEXO 5
ANTE RIFORMA CARTABIA
Art. 8

Art. 5 co. 6. Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo.

POST-RIFORMA CARTABIA
Art. 8

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.

ANEXO 6
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.

Testo coordinato con le modifiche introdotte dal D.Lgs. n.216 del 27 dicembre 2024

Recante: disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n.149, in materia di mediazione civile e commerciale e negoziazione assistita.

(GU n.7 del 10-1-2025 – vigente al 25.01.2025)

Art. 8
Procedimento

1. All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti, che deve tenersi non prima di venti e non oltre quaranta giorni dal deposito della domanda, salvo diversa concorde indicazione delle parti. La domanda di mediazione, la designazione del mediatore, la sede e l'orario dell'incontro, le modalità di svolgimento della procedura, la data del primo incontro e ogni altra informazione utile sono comunicate alle parti, a cura dell'organismo, con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari.

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.
3. Il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo.
4. 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. I soggetti diversi dalle persone fisiche partecipano alla procedura di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia. Ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale.
- 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.
5. Nei casi previsti dall'articolo 5, comma 1, e quando la mediazione è demandata dal giudice, le parti sono assistite dai rispettivi avvocati.
6. Al primo incontro, il mediatore espone la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, e si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione. Le parti e gli avvocati che le assistono cooperano in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse. Del primo incontro è redatto, a cura del mediatore, verbale sottoscritto da tutti i partecipanti.
7. Il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti. Al momento della nomina dell'esperto, le parti possono convenire la producibilità in giudizio della sua relazione, anche in deroga all'articolo 9. In tal caso, la relazione è valutata ai sensi dell'articolo 116, comma primo, del codice di procedura civile.

O FLORENCE ACCESS-TO-JUSTICE PROJECT E O GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT: PANORAMA GERAL SOBRE OS PROJETOS GLOBAIS DE ACESSO À JUSTIÇA^{369 370}

THE FLORENCE ACCESS-TO-JUSTICE PROJECT AND THE GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT: AN OVERVIEW OF GLOBAL ACCESS TO JUSTICE INITIATIVES

Guilherme Christen Möller

Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche pela Università degli Studi di Firenze (UniFi) e Doutor e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Advogado. Balneário Piçarras/SC. E-mail: contato@guilhermechristenmoller.com.br

RESUMO: Este artigo didático-descriptivo apresenta as principais linhas do amplamente conhecido *Florence Access-to-Justice Project*, denominado também por Projeto Florença, capitaneado por Mauro Cappelletti na década de 1970, e do *Global Access to Justice Project*, o novo projeto global de acesso à justiça de iniciativa brasileira. A pesquisa está dividida em dois momentos. No primeiro, será analisado o *Florence Access-to-Justice Project*, o seu desenvolvimento, algumas generalidades e informações, assim como a sua importância para o desenvolvimento do tema “acesso à

justiça” no mundo, sobretudo diante dos resultados contemplados na obra *Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report*, bem como, de algumas outras passagens desse recorte. No segundo, desvelando-se como o principal objetivo deste trabalho, serão fornecidos detalhes e dados sobre o *Global Access to Justice Project*, visando apresentar a sua história, a sua estrutura (seus coordenadores, suas divisões nacionais e também regionais), o seu procedimento, os seus colaboradores, os seus apoiadores, a sua proposta e as suas etapas, privilegiando o fornecimento

³⁶⁹ Artigo recebido em 24/02/2025 e aprovado em 26/03/2025.

³⁷⁰ O texto deste trabalho é original, inédito e foi extraído, mediante adaptações, correções e atualizações, da tese de doutoramento intitulada por “O novo pacto de acesso à justiça (*Global Access to Justice Project*) e o Direito Processual Civil: uma proposta na perspectiva da experiência italo-brasileira do Tribunal Multiportas”, defendida, aprovada e recomendada para publicação em julho de 2024, em regime de cotutela doutoral entre a Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e a *Università degli Studi di Firenze* (UniFi). Registra-se que esta publicação é realizada em homenagem ao Prof. Bryant Garth pela sua diligência e receptividade para sanar as dúvidas relacionadas ao conteúdo doravante exposto, pelo seu incentivo para a concretude deste conteúdo e de seu trabalho ímpar para o desenvolvimento do tema “acesso à justiça” no mundo.

massivo de dados obtidos até o momento e, ao fim, descrevendo os resultados obtidos até o início do ano de 2025, indicando quais são os países que forneceram os seus respectivos relatórios gerais (no total, foram trinta) e o seu atual estágio de desenvolvimento, que se encontra aparentemente em hiato diante de algumas adversidades que obstaram o fluxo de trabalho inicialmente estabelecido, como a ausência de financiamento, a ausência de interesse editorial por conta de sua política de acesso aberto, algumas questões linguísticas e o entrave ocasionado pelo triste episódio da pandemia da Covid-19 em momento crucial de seu desenvolvimento, conforme relatado pelos seus Coordenadores Gerais. Também, contribui-se com pequenas e breves sugestões para a retomada do projeto global, como investir em maior divulgação das suas atividades, apresentando-o para novos pesquisadores, inclusive, com mecanismos de contribuição popular, possibilitando encontrar enfoques diferenciados aos já estabelecidos e criando, de forma otimista, uma rede permanente de pesquisadores internacionais sobre o tema relacionado ao acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: *Florence Access-to-Justice Project. Global Access to Justice Project. Acesso à justiça. Sistemas de Justiça. Direito comparado.*

ABSTRACT: This didactic-descriptive article presents the main aspects of the widely known Florence Access-to-

Justice Project, also referred to as the Florence Project, led by Mauro Cappelletti in the 1970s, and the Global Access to Justice Project, the new global initiative for access to justice spearheaded by Brazilian scholars. The research is divided into two parts. The first analyzes the Florence Access-to-Justice Project, its development, generalities, and key information, as well as its significance for advancing the theme of “access to justice” worldwide, particularly considering the findings presented in the work *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective: a General Report and other related studies*. The second, which constitutes the primary objective of this work, provides details and data on the Global Access to Justice Project, aiming to present its history, structure (its coordinators, national and regional divisions), methodology, collaborators, supporters, objectives and stages. This section highlights the extensive data collected so far, detailing the results obtained up to the beginning of 2025. It identifies the thirty countries that have submitted their respective general reports and discusses the current developmental stage of the project, which appears to be on hold due to various challenges that have disrupted the initially established workflow. These include a lack of funding, limited editorial interest due to its open-access policy, linguistic barriers, and setbacks caused by the unfortunate Covid-19 pandemic at a critical phase of its development, as reported by the General Coordinators. Additionally, the article offers concise suggestions for

revitalizing the global project, such as enhancing the dissemination of its activities to attract new researchers and incorporating mechanisms for popular contributions. These strategies could help explore new approaches, build on existing frameworks, and optimistically create a permanent international network of researchers dedicated to the theme of access to justice.

KEYWORDS: Florence Access-to-Justice Project. Global Access to Justice Project. Access to justice. Justice systems. Comparative law.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é mais do que uma garantia constitucional. Trata-se de um elemento que sustenta o Estado Democrático de Direito e confere efetividade aos direitos dos cidadãos. Inclusive, desenvolveu-se nicho de pesquisa próprio para analisar periodicamente as temáticas que a ele estão relacionadas, visando a qualificação dos sistemas jurídicos, o que não está restrito ao Brasil, afinal, a sua realização plena enfrenta diversos desafios no mundo, variando conforme o ponto observado e no contexto que se observa, como e exemplificativamente questões relacionadas às barreiras econômicas, educacionais e técnicas, os aspectos culturais de uma determinada organização social e, principalmente, a estruturação do Estado e de seu Poder Judiciário.

A complexidade desse tema foi evidenciada em emblemático projeto

idealizado na década de 1970, reconhecido como um dos pioneiros a evidenciar essas “falhas” na qualidade da prestação jurisdicional dos sistemas jurídicos: o *Florence Access-to-Justice Project*. Também conhecido por *Florence Project* (Projeto Florença), foi idealizado e conduzido por Mauro Cappelletti, com a colaboração de uma equipe multidisciplinar de pesquisadores, com o objetivo de investigar essas dificuldades de maneira empírica e comparada, documentando e analisando as limitações no acesso à justiça em diferentes contextos, apresentando, na sua conclusão, soluções práticas que influenciaram diretamente em reformas legislativas e estruturais em diversos países que aderiram ao projeto.

Inspirando-se na essência do Projeto Florença, uma iniciativa brasileira liderada por Cleber Francisco Alves e Diogo Esteves, em colaboração com pesquisadores de renome mundial, propuseram em 2018 um novo projeto, chamado de *Global Access to Justice Project*, com o objetivo de ampliar o escopo de investigação, adaptando as discussões às realidades contemporâneas, sobretudo advindas das transformações sociais operadas nesse lapso de quatro décadas desde a conclusão do Projeto Florença, ampliando também o número de países participantes dessa nova investigação empírica sobre o acesso à justiça no mundo e a qualidade dos sistemas jurídicos entre as suas diversidades. O novo projeto global apresenta robusta estrutura

organizacional de coordenadores e de participantes, prezando pela pluralidade de pesquisadores, linhas investigativas, acessibilidade linguística e liberdade de conferência dos resultados vindouros com a empreitada.

Nesse sentido, este artigo objetiva analisar ambos os projetos anteriormente mencionados, especialmente o novo, em metodologia didático-descritivo³⁷¹, dividindo-se em dois núcleos. No primeiro, será analisado o *Florence Access-to-Justice Project*, o seu desenvolvimento, algumas generalidades e informações, assim como a sua importância para o desenvolvimento do tema “acesso à justiça” no mundo, sobretudo diante dos resultados contemplados na obra *Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report*, o principal retrato desse projeto, embora não exclusivo. No segundo, prezando pelo fornecimento massivo de dados durante o desenvolvimento das linhas desta pesquisa, detalha-se o panorama sobre o *Global Access to Justice Project*, primeiras observações, história, estrutura (coordenadores e divisões nacionais/regionais), procedimento, colaboradores, proposta, apoiadores e etapas,

destacando, ao fim, os resultados obtidos até o momento e o seu atual estágio de desenvolvimento, contribuindo com pequenas e breves sugestões para a retomada do projeto global que se encontra em hiato diante de algumas adversidades que obstaram o fluxo de trabalhos inicialmente estabelecido.

2. O PROJETO FLORENÇA (FLORENCE ACCESS-TO-JUSTICE PROJECT) E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DO TEMA “ACESSO À JUSTIÇA” NO MUNDO

2.1. DESENVOLVIMENTO E GENERALIDADES SOBRE O PROJETO FLORENÇA

Atualmente, existem muitas pesquisas e pesquisadores em todo o mundo sobre temas ligados à qualidade da prestação jurisdicional, questionando aspectos formais, instrumentais e organizacionais em diversos sistemas jurídicos, mediante metodologias diversificadas, perquirindo por caminhos que o possam qualificar e reivindicando melhorias para a jurisdição. Esse movimento já apresentou resultados expressivos, desvelando contornos

³⁷¹ Diversamente de uma abordagem dogmática para estudos acadêmicos (usual para artigos científicos publicados em periódicos), essa metodologia foi escolhida justamente pela caracterização central desta pesquisa. São formas distintas de construção de uma produção científica. O repertório de bibliografias foi exaurido na medida do possível, inclusive com a conferência das

informações e apontamento críticos por pessoas ligadas diretamente aos projetos. Vale mencionar que a parte da pesquisa relacionada ao Projeto Florença foi desenvolvida *in loco*, melhor dizendo, documentos, conversas e demais informações foram obtidas durante o nosso *soggiorno* (2022-2023) na Universidade de Florença, na Itália.

práticos-legislativos em vários ordenamentos jurídicos do mundo, bem como, adquiriu feição significativa para expressar esses estudos e proposições em nicho próprio compreendidos no “acesso à justiça”.

Apesar de não ser possível afirmar que os questionamentos acadêmicos sobre assuntos que tocam diretamente esse tema sejam temporalmente recentes, majoritariamente, ganham força para adquirir feição cada vez mais expressiva por conta do denso estudo realizado pouco mais de meados³⁷² do século XX. Fala-se daquele que se conhece por *Florence Access-to-Justice Project*, popularmente difundido pelo nome “Projeto Florença” (*Florence Project*).³⁷³

Esse estudo, no entanto, ocorreu de forma fragmentada, ou seja, foi desenvolvido em várias etapas,

contando com a participação de diversos juristas como, exemplificativamente, James Gordley, Earl Johnson Jr., Kim Economides e Bryant Garth.³⁷⁴ O grande nome que capitaneou as ideias desse movimento ocorrido nos anos de 1970 e 1980, foi Mauro Cappelletti³⁷⁵, falecido professor da *Università degli Studi di Firenze*, assíduo crítico dos sistemas jurídicos e pesquisador sobre o Direito, sobretudo em matéria de direito comparado.³⁷⁶

Diante da dimensão adquirida pelo projeto, é difícil estabelecer uma espécie de desenvolvimento cronológico das atividades. Para os coordenadores do *Global Access to Justice Project*, o marco inicial desse desenvolvimento foi a publicação da pesquisa *Toward Equal Justice: a Comparative Study of Legal Aid in*

³⁷² Cf. ANNONI, Danielle. O movimento em prol do acesso à justiça no Brasil e a construção de uma democracia pluralista. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 17, 2008, Brasília. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Florianópolis: CONPEDI, 2008. p. 72-86.

³⁷³ Cf. SANTOS, Gustavo Ferreira. Acesso à justiça como direito fundamental e a igualdade em face dos direitos sociais. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley. (Coord.). **Dimensões do acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2008.

³⁷⁴ Em vídeo disponibilizado no canal oficial do *Global Access to Justice Project*, Earl Johnson Jr. confirma essa sequência concatenada de pesquisas (individuais e coletivas) em prol de verificar a qualidade dos sistemas jurídicos do Ocidente, especialmente em temas ligados à situação econômica e o acesso aos Tribunais, bem como, a presença e atividade da defensoria pública nesse contexto. Esclarece, no entanto, que o *marco zero* do *Projeto Florença* iniciou no ano de 1973, em um

encontro casual entre ele com Mauro Cappelletti e que, não muito mais tarde, foi convidado (em um jantar, na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos) a ficar algumas semanas em Florença, Itália, para auxiliar na construção da pesquisa que viria a ser publicada como o *Toward Equal Justice: a Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies*. A ambiciosa proposta do *Projeto Florença* nasce após essa publicação, em 1974. GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. Earl Johnson Memories of the Florence Project. YouTube, 6 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/4ao54Hu>>. Acesso em: 16 jan. 2025.

³⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Mauro Cappelletti e o Direito Processual brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 45-48, 2001. p. 46-48.

³⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 14/15.

*Modern Societies*³⁷⁷, em 1975, a qual buscou documentar e explicar o acelerado movimento internacional e generalizado de acessibilidade do sistema de justiça a todos (inicialmente, em uma perspectiva de entraves criados por situações econômicas), sendo considerado um marco epistemológico em sede de direito comparado de modelos jurídicos assistenciais.

A mais grandiosa das tentativas de levantar dados para um diagnóstico das causas da ineficiência da Justiça consistiu no monumental Projeto Florença, idealizado e levado a efeito nos anos setenta sob a liderança do idealista Mauro Cappelletti. Nas palavras dele próprio, esse foi um ‘movimento mundial pela efetividade dos

direitos’ e incluiu pesquisas de profundidade nas áreas do direito, da política, da sociologia, da economia e da antropologia, tudo afinal, voltado a uma simples indagação: ‘por quê?’ Por que a Justiça não satisfaz os anseios dos que vivem dela e sobretudo dos que dela necessitam [...]?’³⁷⁸

Poucos anos após essa publicação inicial, são divulgados os trabalhos relativos ao *Florence Access-to-Justice Project*, uma larga produção bibliográfica, condensando diversas pesquisas elaboradas por equipe de profissionais multidisciplinar (advogados, sociólogos, economistas, antropologistas e cientistas políticos), de aproximadamente trinta países³⁷⁹⁻³⁸⁰ que aderiram ao projeto, apontando e

³⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James; JOHNSON JR., Earl. *Toward Equal Justice: a Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies: text and materials*. Milano: Giuffrè, 1975.

³⁷⁸ PATERSON, Alan; GARTH, Bryant; ALVES, Cleber Francisco; ESTEVES, Diogo; JOHNSON JR., Earl. *Descortinando o Global Access to Justice Project: a nova pesquisa mundial sobre o movimento de acesso à justiça*. São Paulo: JOTA, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3WnUeex>>. Acesso em: 16 jan. 2025.

³⁷⁹ O Brasil, infelizmente, não participou do projeto e o tema “acesso à justiça” foi aflorar especialmente na Constituição Federal de 1988: “De acordo com Bruno, não se sabe os reais motivos que levaram o Brasil a não participar do Projeto Florença, mas suspeita-se que ‘[n]ão havia tanta preocupação com os novos direitos, nem tampouco com meios alternativos para resolução de conflitos [...]’. Isso talvez pela influência dos países

socialistas e comunistas durante a Guerra Fria, que tinham mais preocupações com a organização coletiva do que com interesses individuais, ou também por conta do modelo de governo liberal adotado pelo Brasil, desde o Império, que deixou severas cicatrizes até a promulgação da Constituição Federal de 1988. [...] No Brasil, com certo atraso, o Relatório Geral somente foi publicado em 1988, sob o nome de ‘Acesso à Justiça’. Assim, muito embora o restante do mundo já nutrisse no pós-Segunda Guerra Mundial densas discussões sobre o acesso, o Brasil, como um abortivo, só começou a despertar para a relevância do tema a partir da Constituição Federal de 1988”. RAMOS, Fabio Fagner Pereira. *Acesso à justiça: aspectos históricos, Projeto Florença e Constituição Federal de 1988*. Boletim Científico ESMPU, n. 56, p. 160-187, 2011. p. 163/164.

³⁸⁰ PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à Justiça: Projeto Florença e Banco Mundial*. Dissertação (Mestrado em Direito Público e Econômico),

questionando a qualidade da prestação jurisdicional, com enfoques diferenciados, em tratado dividido em quatro volumes e seis tomos, nomeado por *Access to Justice*. A síntese desse vasto trabalho foi desenvolvida por Bryant Garth e Mauro Cappelletti com a publicação do livro *Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report*³⁸¹, traduzido para o português e publicado anos mais tarde no Brasil com o título *Acesso à Justiça*^{382, 383}.

O *Florence Access-to-Justice Project* é, até onde se conhece, o maior movimento de pesquisa e reflexões em metodologia empírica bem-sucedido realizado no Direito.³⁸⁴ Nenhuma outra proposta entregou resultados tão expressivos quanto o Projeto Florença. Aliás, mesmo que algum movimento consiga superar a sua magnitude, a pesquisa capitaneada por Mauro Cappelletti sempre contará com o brilho de ser a pioneira em criticar e sugerir modificações aos sistemas

jurídicos do mundo, em plano empírico, comparado e interdisciplinar. Como bem pontuou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁸⁵, ao atribuir o título de paladino do nosso tempo ao Prof. Mauro Cappelletti, sem dúvidas, o saudoso jurista italiano merece todos os louros³⁸⁶ que lhe são devidos pelas gerações que inspirou a perquirir provocações, em sua ampla dimensão, para a qualificação do Direito.³⁸⁷

2.2. RELATÓRIO GERAL DO PROJETO FLORENÇA, A OBRA “ACESSO À JUSTIÇA” (*ACCESS TO JUSTICE: THE WORLDWIDE MOVEMENT TO MAKE RIGHTS EFFECTIVE: A GENERAL REPORT*) E OS PROBLEMAS OBSERVADOS COM O PROJETO

Um equívoco comum ao analisar o livro *Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report* é associar que ele representaria a integralidade

Mestrado Acadêmico em Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo: 176p., 2009. p. 29.

³⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to Justice: the Worldwide Movement to Make Rights Effective: a General Report*. Milano: Giuffrè, 1978. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to Justice: The newest wave in the worldwide movement to make rights effective*. Buffalo law review, v. 27, p. 181-292, 1978.

³⁸² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Nerthfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

³⁸³ Cf. TEIXEIRA, João Paulo Fernandes Allain. *Acesso à justiça, proporcionalidade e a “pílula vermelha”*: entre racionalidade e hermenêutica. In: GOMES NETO, José Mário

Wanderley. (Coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: JusPodivm, 2008.

³⁸⁴ Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. In: _____. *Ensaio e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 1. p. 31-57.

³⁸⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Mauro Cappelletti e o Direito Processual brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 45-48, 2001. p. 48.

³⁸⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. In: _____. *Ensaio e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 1. p. 31-57. p. 35.

³⁸⁷ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

do Projeto Florença. O desenvolvimento do projeto capitaneado por Mauro Cappelletti até mesmo não deve ser restrito ao conjunto de volumes e tomos do *Access to Justice*, afinal, houve antecedentes que impulsionaram a ocorrência desse resultado que não podem ser excluídos da dimensão desse movimento. Essa obra, no entanto, serve para compreender os principais resultados observados pelo grupo interdisciplinar envolvido na pesquisa, bem como, as preocupações que os sistemas jurídicos do mundo deveriam zelar a partir das indicações de déficits na prestação da tutela jurisdicional e do aparato legislativo dos Estados.

Sobre o relatório geral redigido por Mauro Cappelletti com a colaboração de Bryant Garth, logo no seu prólogo, expõe-se as vertentes observadas pelos colaboradores do projeto, bem como os delineamentos da redação dos cinco núcleos que o compõem: (1) a evolução do conceito teórico de acesso à justiça³⁸⁸, (2) o significado de um direito ao acesso efetivo à justiça: os obstáculos a serem transpostos, (3) as soluções práticas para os problemas de acesso à justiça, (4) tendências no uso do enfoque do acesso à justiça, (5) limitações e riscos

do enfoque de acesso à justiça: uma advertência final.

Os traços desenvolvidos no relatório retratam as particularidades e debilidades observadas naqueles sistemas jurídicos que participaram do projeto, desvelando pontos de cuidado, ou seja, barreiras a serem transpostas para qualificação do acesso à justiça. A primeira está relacionada à questão financeira do processo judicial e das partes, o tempo de duração do processo judicial e o cenário desequilibrado de experiência por aqueles que procuram o Poder Judiciário com frequência, os litigantes habituais (*repeat players*), em relação aos que o procuram raras vezes (litigantes eventuais).

Nesse sentido, observou-se que os custos do processo judicial e, especialmente, os honorários advocatícios (esse, em especial, pelo enfoque do relatório), oferecem elevado grau de resistência aos que desejam procurar o Poder Judiciário para a solução de conflitos, de modo que pela insegurança em não poder arcar com essas despesas ou se o retorno financeiro que teriam pelo processo judicial fosse menor do que com esse conjunto (custas acrescidas dos honorários), os litigantes simplesmente deixavam de buscar a

³⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Nerthfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015. p. 8. “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o

sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo”.

solução de seu conflito. Também desestimulavam as pessoas o elevado tempo de duração do processo judicial e as habilidades daqueles denominados litigantes habituais (*repeat players*) em desigualdade aos que raramente utilizavam o processo. Outro problema observado é sobre a carência de recursos e técnicas, à época do relatório, envolvendo direitos difusos (ausência de informações e de aparato legislativo).³⁸⁹

Frente ao problemático cenário constatado, sugeriram-se as ondas/dimensões renovatórias de acesso à justiça. Trata-se de movimentações pensadas para transpor déficits de acessibilidade nos sistemas jurídicos.^{390 - 391} A primeira³⁹² está relacionada ao tema *hipossuficiência das partes* e assistência jurídica. Especialmente na

ótica de despesas com honorários advocatícios, constatou-se a carência de um sistema de assistência jurídica gratuita e, também, desamparo de advogados experientes em sistema *pro bono*, porquanto a concentração das suas atividades seria direcionada às causas onde obtivessem maior proveito econômico.³⁹³ A segunda³⁹⁴ versa sobre a representação envolvendo interesses difusos. Essa, no entanto, revela o problema epistemológico-estrutural do Direito Processual Civil clássico: a despreocupação em relação à situação que não seja de cunho individual.^{395 - 396} Tutelas coletivas e difusas ainda hoje são um tema *tabu* e essa constatação era ainda mais clara à época do desenvolvimento do Projeto Florença, quando se observou significativa carência no

³⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; TROCKER, Nicolò. Access to Justice: variations and continuity of a World-Wide movement. Maurer Faculty, n. 46, p. 664-707, 1982. p. 671-686.

³⁹⁰ OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. Fundamentos do acesso à justiça: conteúdo e alcance da garantia fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 36-45.

³⁹¹ Em vídeo disponibilizado no canal oficial do *Global Access to Justice Project*, ao rememorar o período do *Florence Project*, Bryant Garth relata que a ideia e a disposição das três ondas/dimensões foi uma proposta de Mauro Cappelletti, quem já estava trabalhando com temáticas ligadas ao modelo assistencial e direitos coletivos e difusos, bem como, vinha nutrindo interesse pelo assunto *alternative dispute resolution*, o principal foco da terceira onda/dimensão, o qual era compartilhado pela Fundação Ford (financiadora do projeto). GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. Bryant Garth Memories of the Florence Project. YouTube, 6 de novembro de 2020. Disponível

em: <<https://bit.ly/3CnLlp3>>. Acesso em: 16 jan. 2025.

³⁹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Nerythfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015. p. 31-49.

³⁹³ LAGES, Cintia Garabini; DIZ, Jamile B. Mata. Revisitando a concepção de acesso à justiça a partir da obra de Cappelletti e Garth. Revista Jurídica, v. 22, n. 47, p. 219-252, 2018. p. 235.

³⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Nerythfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015. p. 49-67.

³⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. Revista da Faculdade de Direito, n. 79, p. 283-307, 1984. p. 288/289.

³⁹⁶ SALMORÁN, Rolando Tamayo y. Class action: una solución al problema de acceso a la justicia. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 58, p. 147-165, 1987. p. 158/159.

desenvolvimento e na organização dessa categoria de tutela jurídica.³⁹⁷ A terceira ³⁹⁸, por fim, sugere uma concepção ampliada de acesso à justiça, reivindicando melhorias procedimentais do processo, releitura da assistência jurídica, utilização de mecanismos resolutivos diversificados³⁹⁹ entre outros diversos pontos que buscaram empregar enfoque atualizado para o acesso à justiça.⁴⁰⁰⁻⁴⁰¹

[...] a terceira onda renovatória se baseou na obtenção de reformas na assistência judiciária, com a disponibilização de advogados para os que não poderiam custear esse serviço, e com os progressos na reivindicação de direitos, tanto dos tradicionais como dos novos, com mecanismos para a tutela de direitos coletivos, especialmente dos consumidores,

*preservacionistas e sociais. A última onda de reformas incluiu o conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas. Esse enfoque encorajou uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações no procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, modificações no direito substantivo a fim de prevenir litígios e a utilização de mecanismos extrajudiciais de solução de litígios. Reconheceu, ainda, a necessidade de adequar o processo civil ao tipo de litígio.*⁴⁰²

O Florence Access-to-Justice Project é ainda mais significativo do que aparenta. Em período da história

³⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento. In: _____. Processo, ideologias e sociedade. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. 1. p. 379-397. p. 387.

³⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Nerthfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015. p. 67-73

³⁹⁹ STANGHERLIN, Camila Silveira. A implementação de práticas autocompositivas no Brasil: alcances e limites na concretização da terceira onda de acesso à justiça do Projeto Florença. Cadernos de Direito, v. 21, n. 40, p. 83-99, 2022. p. 93.

⁴⁰⁰ SILVA, Heres Pereira; SILVA, Paulo José Pereira Torres Carneiro da; ECCARD, Wilson

Tadeu de Carvalho. Projeto Florença de Acesso à Justiça: uma atualização necessária frente a virada tecnológica no direito. Cadernos de Direito Actual, n. 19, p. 275-302, 2022. p. 289/290.

⁴⁰¹ TREVISAM, Elisaide; GUTIERRES, Mariana Marques; COELHO, Helena Alice Machado. Acesso à justiça e Online Dispute Resolution: uma análise das primeira e terceira ondas. Prisma Jur, v. 22, n. 1, p. 175-192, 2023. p. 181/182.

⁴⁰² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. Quaestio Iuris, v. 8, n. 3, p. 1827-1858, 2015. p. 1832.

que canais de comunicação eram extremamente limitados, diversamente do cenário atual (especialmente com a *internet*), conseguiu-se superar obstáculos para entregar uma leitura atualizada, multidisciplinar e multicontextual, sobre os aspectos negativos e positivos dos sistemas jurídicos de diversos países do mundo. Em termos de direito comparado, por tanto, o movimento representa uma de suas principais etapas, demonstrando a viabilidade de estabelecer diálogo entre pesquisadores de diversos países a fim de, entre divergências e convergências, encontrarem soluções para os problemas relacionados ao seu sistema de justiça.

Quanto às linhas propostas em formato de dimensões/ondas, os desenvolvimentos de modelos assistenciais da atualidade muito devem ao Projeto Florença, em especial pelo relevo dado aos aspectos subjetivos dos sujeitos (economia, acessibilidade etc.) e o papel do Estado frente aos déficits observados. Sobre

os direitos coletivos e difusos, esses, porém, assumem maior destaque no presente século, enfrentando a resistência epistemológica do Processo Civil tradicional, o qual é caracterizado na busca pela coisa julgada em relação jurídica individual.⁴⁰³ A última dimensão/onda apontada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth desvela as reivindicações das últimas décadas em tema de acesso à justiça ⁴⁰⁴, não sendo equivocado afirmar que o tema ganhou espaço significativo dentro do Direito a partir do projeto, possibilitando revisitar o debate em *standards* definidos há muito tempo nos sistemas jurídicos, bem como, iniciar os debates de temas seculares e contextuais.⁴⁰⁵⁻⁴⁰⁶

3. GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT: PANORAMA SOBRE O NOVO PROJETO GLOBAL DE ACESSO À JUSTIÇA E O SEU PAPEL PARA A QUALIFICAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS⁴⁰⁷

⁴⁰³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 18.

⁴⁰⁴ Ver a ideia de *contra onda* desenhada nessa sistemática: Cf. ECONOMIDES, Kim. Itinerant justice and proactive legal services: origins, achievements and future directions. Direito em Movimento, v. 18, n. 3, p. 176-198, 2020. Também: Cf. ECONOMIDES, Kim; TIMOSHANKO, Aaron; FERRAZ, Leslie S. Justice at the edge: hearing the sound of silence. Adelaide Law Review, v. 41, n. 1, p. 39-85, 2020.

⁴⁰⁵ FAUSTINO, Marcella Raphaella. Democratização do acesso à justiça: um estudo sobre a atuação extrajudicial das Defensorias Públicas. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Fundação João Pinheiro, Escola de Governo Professor Paulo

Neves de Carvalho. Belo Horizonte: 200p., 2020. p. 29-32.

⁴⁰⁶ NETTO, Carlos Eduardo Montes; LEHFELD, Lucas de Souza; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Atuação da Defensoria Pública na arbitragem ambiental. Revista Opinião Jurídica, n. 36, p. 117-147, 2023. p. 131-134.

⁴⁰⁷ Parte das informações, afirmações e dados constantes neste tópico, quando não referenciados a outros documentos (artigos científicos, livros, vídeos etc.), foram extraídos diretamente da página oficial do *Global Access to Justice Project* (globalaccesstojustice.com), assim como, aquelas sobre a formação do projeto global foram obtidas a partir do artigo desenvolvido por Cristiane-Maria Henrichs, referenciando a autora pelos louros do seu trabalho. HENRICHs, Cristiane-Maria. New

3.1. PRIMEIRAS OBSERVAÇÕES, COORDENADORES (GERAIS, REGIONAIS E NACIONAIS), COLABORADORES ENVOLVIDOS, PROPOSTA, APOIADORES E DEMAIS INFORMAÇÕES

Até o momento desta redação, nem todos os países e pesquisadores envolvidos forneceram as informações para o projeto, no entanto, isso não impede que se apresente panorama geral e informativo sobre a sua proposta e as suas atividades, demonstrando a sua importância ⁴⁰⁸ para o aprimoramento dos sistemas jurídicos hodiernamente ⁴⁰⁹⁻⁴¹⁰, afinal, o propósito maior do movimento é pesquisar e identificar soluções práticas para problemas do acesso à justiça, mediante rede de cooperação

internacional de pesquisadores (em escala global), prezando pela diversidade cultural, disciplinar e nacional, reunindo os mais recentes dados sobre os sistemas jurídicos do mundo, os quais são analisados sob as barreiras econômicas, social, cultural e psicológica a fim de desdobrarem melhores contornos para problemas atualizados no acesso à justiça. ⁴¹¹

Do princípio. O *Global Access to Justice Project*, uma iniciativa brasileira, foi idealizado em 2018, com a proposta de revisitar a essência desenvolvida pelo *Florence Access-to-Justice Project* algumas décadas após a entrega do relatório geral daquelas atividades, visando ampliar o campo participativo de pesquisadores e de países no projeto e, simultaneamente, observar o que se desenvolveu no tema

Global Access to Justice Project: consolidação de ideias antigas-reflexões sobre as novas ideias. Revista Eletrônica OAB/RJ, v. 1, n. 1, sem paginação, 2020. p. 1-4. As informações do seu trabalho foram confirmadas em: NUNES, Dierle. Cléber Alves: Global Access to Justice Project. YouTube, 26 out. 2022. Disponível em: <<https://bit.ly/4anifll>>. Acesso em: 16 jan. 2025. O fechamento da coleta de informações para este trabalho ocorreu em 16 de janeiro de 2025. Dados e informações adicionados ao site após essa data não foram considerados.

⁴⁰⁸ PASCHOAL, Thaís Amoroso; PESSOA, Olívia Alves Gomes. Medindo os impactos da tecnologia sobre o acesso à justiça em tempos de pandemia. In: ENAJUS, 1, 2021, Lisboa (PT). Anais do ENAJUS, Lisboa: ENAJUS, 2021. p. 1-11. p. 4.

⁴⁰⁹ NUNES, Dierle; MALONE, Hugo. Tendências mundiais em tecnologia e processo: a sexta onda do acesso à justiça. Revista de Processo, v. 346, p. 373-400, 2023. p. 375.

⁴¹⁰ HENRICHES, Cristiane-Maria. New Global Access to Justice Project: consolidação de

ideias antigas-reflexões sobre as novas ideias. Revista Eletrônica OAB/RJ, v. 1, n. 1, sem paginação, 2020. p. 1-4.

⁴¹¹ PATERSON, Alan; GARTH, Bryant; ALVES, Cleber Francisco; ESTEVES, Diogo; JOHNSON JR., Earl. Descortinando o Global Access to Justice Project: a nova pesquisa mundial sobre o movimento de acesso à justiça. São Paulo: JOTA, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3WnUeex>>. Acesso em: 16 jan. 2025. “O *Global Access to Justice Project* pretende realizar uma nova pesquisa mundial, com escopo teórico e geográfico mais amplo, mapeando e estudando o atual estágio de desenvolvimento do movimento global de acesso à justiça na África, Ásia, Oriente Médio, América, Europa e Oceania. Por intermédio da maior rede internacional de cooperação acadêmica jamais criada, o *Global Access to Justice Project* pretende coletar informações sobre esforços empreendidos pelos diferentes sistemas de justiça para superar e atenuar a problemática do acesso à justiça”.

acesso à justiça durante esse lapso temporal, colhendo contribuições teóricas descritivas, propositivas e críticas em espaço plural de ideias.⁴¹²

Em linhas gerais sobre o desenvolvimento dos bastidores do projeto, Cleber Francisco Alves e Diogo Esteves, ambos vinculados à Universidade Federal Fluminense, viajaram a Los Angeles em meados de 2018 para encontrar Earl Johnson Jr. e Bryant Garth, apresentando as suas ideias acerca do que viria a ser o *Global Access to Justice Project*, bem como, convidando-lhes para integrar a proposta na qualidade de Coordenadores Gerais. Posteriormente, em congresso realizado em Taiwan, Alan Paterson aceita o convite formulado pelos brasileiros para, também, integrar o projeto. Estabelecidos os Coordenadores Gerais do projeto, a

etapa seguinte consistiu na estruturação das atividades, seleção dos pesquisadores que participariam do projeto (nível regional e nacional) e na elaboração do questionário-base para a produção dos relatórios nacionais dos países participantes. O lançamento oficial do projeto ocorreu em 2019: inicialmente em junho, em Ottawa (Canadá), e, posteriormente, em novembro, no Brasil.

Em plano geral, o projeto é capitaneado pelos professores Alan Paterson, Bryant Garth, Cleber Francisco Alves, Diogo Esteves e Earl Johnson Jr. Geograficamente, para melhor otimização das atividades desenvolvidas, foram estabelecidos coordenadores regionais em todos os Continentes: na América do Norte⁴¹³, Earl Johnson Jr.; na América Central e do Sul⁴¹⁴, Diogo Esteves e André Luis Machado de Castro; nos Países

⁴¹² PATERSON, Alan; GARTH, Bryant; ALVES, Cleber Francisco; ESTEVES, Diogo; JOHNSON JR., Earl. Descortinando o Global Access to Justice Project: a nova pesquisa mundial sobre o movimento de acesso à justiça. São Paulo: JOTA, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3WnUeex>>. Acesso em: 16 jan. 2025. “Diferentemente de outros estudos semelhantes anteriormente realizadas, o projeto não pretende unicamente promover a coleta de dados estatísticos. A pesquisa pretende reunir relatórios críticos, redigidos pelos maiores especialistas em assistência jurídica de cada país, que analisarão os obstáculos jurídicos, econômicos, político-sociais, culturais e psicológicos que tornam difícil ou impossível, para muitos, o acesso e o uso do sistema de justiça. Com isso, o projeto fará muito mais do que coletar dados; o projeto irá congrega e compartilhar conhecimento, reunindo diferentes opiniões, sugestões e críticas sobre as tentativas, conquistas e

fracassos dos diferentes modelos jurídico-assistenciais espalhados pelo mundo”.

⁴¹³ Existe mais uma distribuição a nível de *Coordenação Nacional*. Mencionam-se os nomes dos representantes de cada país nesta e nas próximas notas de rodapé, seguindo a ordem estabelecida no corpo do texto. América do Norte: (1) Canadá: Ad Currie, Melina Buckley e Trevor C. W. Farrow. (2) Estados Unidos: Alan W. Houseman e Earl Johnson Jr. (3) México: Ricardo García de la Rosa.

⁴¹⁴ América Central e do Sul: (1) Cuba: Juan Mendoza Díaz e Mirel Legrá Fleitas. (2) Honduras: Josefina Pavon Duron e Lucía María Navas. (3) Nicarágua: Belinda Guevara Casaya, Clarisa Indiana Ibarra Rivera e Sheyla Calero Castro. (4) Panamá: Jacob Alonso Orribarra e José Didimo Escobar Concepción. (5) Colômbia: Andrea Catalina León Amaya, Johana Rocha Gómez e Leonel Mauricio Peña Solano. (6) Equador: Ángel Tores Machica, Elizabeth Arroyo León e Diego Vaca Enríquez. (7) Peru: Fernando Del Mastro Puccio e

Nórdicos⁴¹⁵, Anna Barlow; na Europa Ocidental e Central⁴¹⁶, Peter van den Biggelaar; na Europa Oriental e Ásia Central⁴¹⁷, Anželika Banevičienė; na

Ásia-Pacífico⁴¹⁸, Tomoki Ikenaga; na Oceania⁴¹⁹, Kim Economides; no Oriente Médio e Norte da África⁴²⁰, Sahar Maranlou e Achilles Emilianides; e, por fim, na África⁴²¹, Hennie van As.

Augustín Grandez Mariño. (8) Chile: Sofia Libedinsky. (9) Argentina: Stella Maris Martínez. (10) Uruguai: Adriana Berezan e Joaquin Gamba. (11) Paraguai: Adriana Raquel Marecos Gamarra, Edgar Rios, Maria Elena Meza, Tania Arguello e Ubaldo Matias Garcetes Piris. (12) Brasil: Kazuo Watanabe, Maria Tereza Sadek, Amélia Soares da Rocha, Franklyn Roger Alves Silva, João Eberhardt Francisco, Joaquim Leonel de Rezende Alvim, José Augusto Garcia de Sousa, Júlio Camargo de Azevedo, Pedro Lenza, Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa, Roberta Alvim e Susana Henriques da Costa.

⁴¹⁵ Países Nórdicos: (1) Islândia: Halldór Þormar Halldórsson. (2) Noruega: Kristian Andenæs. (3) Suécia: Isabel Schoultz, Heraclitos Muhire e Enrico Giansanti. (4) Finlândia: Kaijus Ervasti, Kati Rantala, Sonal Makhija, Noora Alasuutari, Chris A. Carling, Aino Jauhiainen, Kati Nieminen, Yaira Obstbaum e Laura Sarasoja.

⁴¹⁶ Europa Ocidental e Central: (1) Irlanda: John McDaid, Andrew Field, Ronan Deegan e John Scanlon. (2) Reino Unido: Steve Hynes, Colin Lancaster. (3) Portugal: Carlos Manuel Gonçalves. (4) Espanha: Julen Fernández Conte. (5) França: Ysekt Marique, Marjolaine Roccati e Anne-Sophie Chavent-Leclère. (6) Bélgica: Steven Gibens, Bernard Hubeau e Stefan Rutten. (7) Holanda: Herman Schilperoort e Susanne Peters. (8) Alemanha: Matthias Kilian. (9) Polónia: Jan Winczorek, Maciej Kruk, Kamila Marciniak. (10) Hungria: Andras Kadar. (11) Itália: Elisabetta Silvestri, Federico Alessandro Gorla e Livia Giuliani.

⁴¹⁷ Europa Oriental e Ásia Central: (1) Bósnia e Herzegovina: Ljiljana Davidović. (2) Albânia: Aurela Anastas. (3) Kosovo: Anita Kalandari. (4) Macedónia do Norte: Goce Kocevski. (5) Bulgária: Ivanka Ivanova. (6) Turquia: Idil Elveris e Seda Kalem. (7) Lituânia: Anželika Banevičienė. (8) Letónia: Agris Batalauskis. (9) Ucrânia: Oleksandr Deineko e Oleksii Boniuk. (10) Rússia: Olga Shepeleva. (11) Cazaquistão:

Shaikhina Gulnaz. (12) Uzbequistão: Djamshid Turdaliev. (13) Tajiquistão: Basir Nosirov.

⁴¹⁸ Ásia Pacífico: (1) Paquistão: Ali Baqar Najafi. (2) Índia: Neelu Mehra, Kanwal DP Singh, Renu Gosala, Konpal Preet Kaur, Nitya Thakur e Editi Singh. (3) Nepal: Nir Bahadur Pakhren. (4) Bangladesh: Mostafa Haider. (5) China: Honyao Wu. (6) Mongólia: Batbold Amarsanaa, Erdenebulgan Juujaa e Khunan Jargalsaikhan. (7) Japão: Tomoki Ikenaga, Gotaro Ichiki, Manabu Wagatsuma, Tetsuo Oishi, Takashi Sagawa, Wakaba Hara e Keita Abe. (8) Coreia do Sul: Kim Jung-Sik. (9) Taiwan: Yu-Shan Chang. (10) Vietnã: Minh Nguyen. (11) Laos: Ounkham Tamong e Soubun Bounkham. (12) Camboja: Khlok Dara. (13) Tailândia: Namtaee Meeboonsalang. (14) Malásia: Harleen Kaur. (15) Filipinas: Persida V. Rueda-Acosta. (16) Indonésia: Kristomo Constantinus. (17) Singapura: Eugene Tan.

⁴¹⁹ Oceania: (1) Austrália: Simon Rice. (2) Ilhas do Pacífico: Donald Paterson. (3) Fiji: Andrew Harrington e Shahin Rafique Ali. (4) Nova Zelândia: Bridgette Toy-Cronin, Allie Cunninghame, Bridget Irvine e David Turner.

⁴²⁰ Oriente Médio e Norte da África: (1) Irã: Mostafa Elsan.

⁴²¹ África: (1) Serra Leoa: Fatmata Claire Carlton-Honciles. (2) Gana: Al-Hassan Yahaya Seini. (3) Camarões: Nchunu Justice Sama. (4) Etiópia: Kokebe Wolde Jemaneh. (5) Quênia: Nancu Baraza e Kennedy Kimani. (6) República Democrática do Congo: Pascal Mukanya Mufuta. (7) Uganda: Isaac Ssemakadde. (8) Ruanda: Andrews Kananga. (9) Burundi: Christella Kankindi. (10) Tanzânia: Barnadas Ernest Kaniki, Christina Kamili Ruhinda, Chitung Said e Deogratias Bwire. (11) Zâmbia: Charles Dinda e Karol Limondin. (12) Malawi: Masauko Edwin Chamkakala. (13) Zimbábue: Sharon Hofisi, Patricia Shumba Mavhembu, Edknowledge Mandikwaza e Geral Kamonera. (14) Moçambique: Adelino de Assis Laice, Gilberto Verissimo, Justino Ernesto Tonela e

Também, existe uma organização quanto aos eixos temático (adiante exposto) e linguístico, este último, capitaneado por Sylvia Quintão Leite, Mirel Legrá Fleitas, Federico Alessandro Gorla, Fernando Antunes Soubhia, Fernando Gama de Miranda Netto, Franklyn Roger Alves Silva e Tomoki Ikenaga.

As informações, pesquisas, relatórios e dados do *Global Access to Justice Project* podem ser encontradas no site globalaccesstojustice.com e estão disponíveis atualmente em sete idiomas: (1) inglês (idioma geral), (2) francês, (3) italiano, (4) japonês, (5) português, (6) espanhol e (7) alemão. Ademais, o projeto é apoiado por diversas instituições, como a

Defensoria Pública do Rio de Janeiro, a Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos Federais (ANADEF), o Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (CEJUR), a Defensoria Pública da União (DPU), a Universidade Federal Fluminense (UFF), o *International Legal Aid Group*, a Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ) e a *University of California, Irvine* (UCI).⁴²²

Ladislau Salimo. (15) Botsuana: Abdool Rahim Khan. (16) Namíbia: Kennedy Kariseb. (17) África do Sul: Dave Holness.

⁴²² Também contribuíram para o *Global Access to Justice Project* as seguintes organizações: Universidade de São Paulo (Brasil); *Danish Institute for Human Rights* (Zâmbia); *Defensoría Penal Pública del Chile* (Chile); *Defensa Pública de Costa Rica* (Costa Rica); *Defensoría Pública de la República de Nicaragua* (Nicarágua); *Defensa Pública del Uruguay* e a *Asociación de Defensores Públicos del Uruguay* (ADEPU); Defensoria Pública dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo (Brasil); *Legal Aid Board* (Irlanda); *Legal Aid Board* (Holanda); *Legal Aid Board* (Escócia); *Legal Aid Service* (Geórgia); *Legal Aid Ukraine, Centre for Legal Aid Provision* (Ucrânia); *Lund University* (Suécia); *Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw* (Polônia); *Free Legal Aid Agency* (Kosovo); *Heal Zimbabwe Trust* (Zimbábue); *Hungarian Helsinki Committee* (Hungria); *Institute of Criminology and Legal Policy in the University of Helsinki* (Finlândia); *Japan Federation of Bar Associations and the Japan Legal Support Center* (Japão); *Macedonian Young Lawyers Association*

(Macedônia do Norte); *Malawi Legal Aid Bureau* (Malawi); *Maldives Law Institute* (Maldivas); *Ministerio de la Defensa Pública del Paraguay* (Paraguai); *Ministerio Público de la Defensa de la Nación Argentina* (Argentina); *National Institute of Legal Aid* (China); *University of Political Science and Law* (China); Nelson Mandela University (África do Sul); *Permanent Office of the Consejo General de la Abogacía Española* (Espanha); *Pontificia Universidad Católica del Perú* (Peru); *Strathclyde University Law School* (Escócia); *Tanzania Network of Legal Aid Providers* (Tanzânia); Universidade de Coimbra (Portugal); Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil); *University of Central Lancashire* (Chipre); *University of Havana* (Cuba); *University of Kwazulu-Natal* (África do Sul); *University of Nairobi* (Quênia); *University of Oñati, International Institute for the Sociology of Law* (Alemanha); *University of Otago Legal Issues Centre* (Nova Zelândia); *University of Pavia* (Itália); *University School of Law and Legal Studies, Guru Gobind Singh Inderprastha University* (Índia); *University of Wisconsin-Madison* (Estados Unidos); *United Nations Office on Drugs and Crime*; *International Legal Aid Group*.

Periódico Quadrimestral da Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual.

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

www.redp.uerj.br



<https://creativecommons.org.br>

Ano 19. Volume 26. Número 3. Set./ dez. 2025.

3.2. A OBRA “ACCESS TO JUSTICE: A NEW GLOBAL SURVEY”: A ESTRUTURA DO PROJETO E A FORMA DE COLETA DAS INFORMAÇÕES DOS PAÍSES PARTICIPANTES DO PROJETO

A principal pesquisa desenvolvida pelo *Global Access to Justice Project* recebe o nome de “Access to Justice: a new global survey” (Acesso à Justiça: uma nova pesquisa global), contando com a participação de todos os envolvidos citados no tópico anterior, elaborada e dedicada à memória de Mauro Cappelletti. Sob o aspecto metodológico, em plano comparatista, o levantamento de dados para os desenvolvimentos dos relatórios nacionais pelos colaboradores observa questionário desenvolvido pelos Coordenadores Gerais do projeto. O documento ⁴²³ - ⁴²⁴ (em inglês e espanhol), disponibilizado no site oficial do projeto, está estruturado em treze questionamentos: (1) “informações gerais”, como forma de governo, dados demográficos, renda per capita, expectativa de vida, IDH etc., (2) “sistema jurídico”, tipo e forma de organização do sistema jurídico, estrutura e divisão do Poder Judiciário, carreira da magistratura etc., (3) “processo judicial e demais procedimentos”, questões envolvendo a funcionalidade do Processo Penal, do

Processo Civil, dos mecanismos alternativos de solução de conflitos e a formalidade jurídica, (4) “acesso à justiça, igualdade de acesso aos tribunais e processo/julgamento justo”, verificando a existência de acesso à justiça eficaz, o grau de igualdade nos tribunais, responsabilidade governamental pela política de acesso à justiça e a sua consistência etc.

Ainda, (5) “sistema de assistência jurídica”, detalhando o histórico da assistência jurídica no país, o aparato legislativo e institucional do tema, orçamento destinado à atividade, qualidade do sistema de assistência jurídica gratuita, sua aplicabilidade em questões penais etc., (6) “custas judiciais”, panorama geral do tema, exemplos e mecanismos de redução de custas, (7) “proteção de direitos coletivos e difusos”, as suas hipóteses, o encorajamento legislativo para o tema etc., (8) “ética profissional”, como a existência de regulamentação profissional, a educação do tema na graduação, constante educação e reeducação da ética para os profissionais jurídicos etc., (9) “inovação tecnológica e acesso à justiça”, apresentando panorama geral da utilização de tecnologias no Poder Judiciário, utilização das *Online Dispute Resolution* etc., (10) “necessidades jurídicas não

⁴²³ GLOBAL ACCESS TO JUSTICE. Global Access to Justice Project Questionnaire (2019-2020). Disponível em: <<https://bit.ly/4jmxzcG>>. Acesso em: 16 jan. 2025.

⁴²⁴ Para não abarrotar o corpo do texto com as perguntas do questionário elaborado pelos

Coordenadores Gerais do *Global Access to Justice Project*, optou-se por fazer uma síntese de alguma de suas principais questões durante a redação do texto principal, sugerindo a leitura atenta e total do documento citado na nota de rodapé acima.

atendidas” (questionamentos gerais), (11) “ensino jurídico”, a existência de ensino jurídico gratuito nas escolas e em faculdades de Direito, informações de acesso à justiça para a população do país etc., (12) “esforços internacionais em matéria de acesso à justiça”, com a descrição do cenário de cada país, esforços para aprimorar o tema etc. e, por fim, (13) “conclusão”, um relatório geral unindo todos os pontos observados durante as respostas aos questionamentos.

A pesquisa geral está dividida em cinco volumes. O primeiro (uma nova pesquisa global) compreende os aspectos gerais do projeto, abordando aspectos introdutórios e metodológicos do projeto, bem como o relatório geral e os relatórios globais temáticos. Nesse último, está inclusa a metáfora das ondas/dimensões de acesso à justiça, ampliadas para sete ⁴²⁵ e acrescidas de mais quatro temas: (1ª) os custos para a solução de litígios no âmbito do sistema judiciário formal e serviços jurídicos assistenciais para os mais pobres e vulneráveis, (2ª) iniciativas contemporâneas para garantir a

representação dos direitos difusos e coletivos, (3ª) iniciativas para aprimorar o procedimento e os mecanismos que compõem o sistema de processamento de litígios, subdividindo-a em (A) Processo Civil, (B) Processo Penal, (C) Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos, (D) simplificação legal e atalhos no processo jurídico; (4ª) ética nas profissões jurídicas e acesso dos advogados à justiça ⁴²⁶, (5ª) o contemporâneo processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos ⁴²⁷, (6ª) iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça e (7ª) desigualdade de gênero e raça nos sistemas jurídicos. ⁴²⁸ Quanto aos demais temas: (1) abordagem sociológica: necessidades jurídicas (não atendidas) e a sociologia da (in)justiça, subdividido em (A) necessidades jurídicas (não atendidas) e (B) a sociologia da (in)justiça, (2) abordagens antropológica e pós-colonial: dimensões culturais do problema de acesso e o aprendizado dos povos das *primeiras nações*, (3) educação jurídica e (4) esforços

⁴²⁵ Cf. OLIVEIRA, Marcos Martins de. The 7 waves of “access to justice” by Cappelletti and Garth and the role of the Public Defender’s Office in the realization of these waves in Brazil. *Macau Journal of Brazilian Studies*, v. 6, p. 33-43, 2023.

⁴²⁶ QUEIROZ, Roger Moreira de. Defensoria Pública, acesso à justiça e vulnerabilidade. *Revista da Defensoria Pública do estado de Minas Gerais*, n. 7, p. 132-154, 2022. p. 140-142.

⁴²⁷ QUEIROZ, Roger Moreira de. Defensoria Pública, acesso à justiça e vulnerabilidade.

Revista da Defensoria Pública do estado de Minas Gerais, n. 7, p. 132-154, 2022. p. 142.

⁴²⁸ Cada eixo possui o(s) seu(s) respectivo(s) coordenador(es) temático(s). Conforme identificação numérica do parágrafo: (1ª) Anna Barlow, Alan Paterson, Cleber Francisco Alves, Diogo Esteves e Earl Johnson Jr. (2ª) Deborah R. Hensler. (3ª-A) Marc Galanter, José Aurélio de Araújo e Fernando Gama de Miranda Netto. (3ª-B) Franklyn Roger Alves Silva. (3ª-C) Bryan Clark. (3ª-D) Fábio Schwartz. (4ª) Kim Economides. (5ª) Bryant Garth, Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva. (6ª) Roger Smith. (7ª) Pendente de confirmação.

globais na promoção do acesso à justiça.⁴²⁹

O segundo volume da coletânea será dedicado ao cenário americano, iniciando com a América do Norte (parte um): (A) acesso à justiça na América do Norte⁴³⁰: relatório regional e (B) relatórios nacionais. Seguindo para a América Central e do Sul⁴³¹ (parte dois): (A) acesso à justiça na América Central e do Sul: relatório regional e (B) relatórios nacionais. O terceiro volume será dedicado ao cenário da Europa e da Ásia Central. Iniciará com os Países Nórdicos⁴³² (parte um): (A) acesso à justiça nos Países Nórdicos: relatório regional e (B) relatórios nacionais. Após, seguirá para a Europa Ocidental e Central⁴³³ (parte dois): (A) acesso à justiça na Europa Oriental e Central: relatório regional e (B) relatórios

nacionais. Finalizará com a Europa Oriental e Ásia Central⁴³⁴ (parte três): (A) acesso à justiça na Europa Oriental e Ásia Central: relatório regional e (B) relatórios nacionais.

O quarto volume abordará o cenário da Ásia-Pacífico e Oceania. Iniciando pela Ásia-Pacífico⁴³⁵ (parte um): (A) acesso à justiça na Ásia-Pacífico: relatório geral e (B) relatórios nacionais. Após, relatará o cenário da Oceania⁴³⁶ (parte dois): (A) acesso à justiça na Oceania: relatório regional e (B) relatórios nacionais. O quinto e último volume será sobre a África e Oriente Médio. Iniciando com o cenário do Oriente Médio e Norte da África⁴³⁷ (parte um): (A) acesso à justiça no Oriente Médio e Norte da África: relatório regional e (B) relatórios nacionais. Por fim, a África Central e do Sul⁴³⁸ (parte dois): (A) acesso à justiça

⁴²⁹ Como realizado na nota de rodapé acima: (1-A) Nigle Balmer e Pascoe Pleasence. (1-B) Boaventura de Sousa Santos, Conceição Gomes e João Paulo Dias. (2) Martin Ramstedt, Kim Economides e Leslie Shérída Ferraz. (3) Avrom Sherr. (4) Paul Prettitore, Anika Holterhof e Miri Sharon.

⁴³⁰ Para facilitar a compreensão dos países que aderiram ao projeto até o momento desta redação (não foram todos), listamos, de forma numérica (e crescente), por região, nesta e nas próximas notas de rodapé. América do Norte: (1) Canadá. (2) Estados Unidos. (3) México

⁴³¹ América Central e do Sul: (4) Cuba. (5) Honduras. (6) Nicarágua. (7) Panamá. (8) Colômbia. (9) Equador. (10) Peru. (11) Chile. (12) Argentina. (13) Uruguai. (14) Paraguai. (15) Brasil.

⁴³² Países Nórdicos: (16) Islândia. (17) Noruega. (18) Suécia. (19) Finlândia.

⁴³³ Europa Ocidental e Central: (20) Irlanda. (21) Reino Unido. (22) Portugal. (23) Espanha. (24) França. (25) Bélgica. (26) Holanda. (27)

Alemanha. (28) Polônia. (29) Hungria. (30) Itália.

⁴³⁴ Europa Oriental e Ásia Central: (31) Bósnia e Herzegovina. (32) Albânia. (33) Kosovo. (34) Macedônia do Norte. (35) Bulgária. (36) Turquia. (37) Lituânia. (38) Letônia. (39) Ucrânia. (40) Rússia. (41) Cazaquistão. (42) Uzbequistão. (43) Tajiquistão.

⁴³⁵ Ásia Pacífico: (44) Paquistão. (45) Índia. (46) Nepal. (47) Bangladesh. (48) China. (49) Mongólia. (50) Japão. (51) Coreia do Sul. (52) Taiwan. (53) Vietnã. (54) Laos. (55) Camboja. (56) Tailândia. (57) Malásia. (58) Filipinas. (59) Indonésia. (60) Singapura.

⁴³⁶ Oceania: (61) Austrália. (62) Ilhas do Pacíficos. (63) Fiji. (64) Nova Zelândia.

⁴³⁷ Oriente Médio e Norte da África: (65) Irã.

⁴³⁸ África Central e do Sul: (66) Serra Leoa. (67) Gana. (68) Camarões. (69) Etiópia. (70) Quênia. (71) República Democrática do Congo. (72) Uganda. (73) Ruanda. (74) Burundi. (75) Tanzânia. (76) Zâmbia. (77) Malawi. (78) Zimbábue. (79) Moçambique. (80) Botsuana. (81) Namíbia. (82) África do Sul.

na África Central e do Sul: relatório regional e (B) relatórios nacionais.

3.3. A PESQUISA APÊNDICE “IMPACTOS DO COVID-19 NOS SISTEMAS DE JUSTIÇA”

Em paralelo ao seu projeto principal, diante da Covid-19, o *Global Access to Justice Project* produziu em abril de 2020 uma pesquisa sobre os seus impactos nos sistemas jurídicos. A principal proposta do trabalho foi observar como a pandemia afetou a qualidade dos Estados de Direito, especialmente em relação às liberdades dos indivíduos, afrontadas

por medidas compulsórias e isolamento social, bem como, em que medida o fenômeno refletiu modificações, ainda que temporais, no Poder Judiciário e órgãos governamentais dos países envolvidos.⁴³⁹ O estudo foi conduzido pelos pesquisadores⁴⁴⁰ vinculados ao relatório principal, coordenados por Alan Paterson, Anna Barlow, Bryant Garth, Cleber Alves, Diogo Esteves, Earl Johnson Jr., Kim Economides e Peter Biggelaar, auxiliados na análise dos dados coletados por Franklyn Roger Alves Silva e Júlio Camargo de Azevedo, envolvendo o total de cinquenta e um países⁴⁴¹, contando

⁴³⁹ Para obter maiores dados e informações acerca do tema na perspectiva do Brasil: ALVES, Cleber Francisco. A pandemia do covid-19 e o acesso aos direitos e à justiça: reflexões sobre seus efeitos no presente e no futuro da atuação da Defensoria Pública. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 15, p. 19-46, 2021.

⁴⁴⁰ Ab Currie (Canadá); Alan W. Houseman (Estados Unidos); Ali Baqar Najafi (Paquistão); Andras Kadar (Hungria); Andrea Catalina León Amaya (Colômbia); Andrea Manoli (Chipre); Andrew Field (Irlanda); Ángel Torres Machuca (Equador); Anita Kalanderi (Kosovo); Anželika Banevičienė (Lituânia); Basir Nosirov (Tajiquistão); Bettina Lemann Kristiansen (Dinamarca); Bridgette Toy-Cronin (Nova Zelândia); Carlos Manuel Gonçalves de Melo Marinho (Portugal); Charles Dinda (Zâmbia); Christina Kamili Ruhinda (Tanzânia); Dara Khlok (Camboja); Dave Holness (África do Sul); Donald Paterson (Vanuatu); Edknowledge Mandikwaza (Zimbábue); Elisabetta Silvestri (Itália); Eugene Tan (Singapura); Fathmath Yasmeen Shamaal (Maldivas); Fatmata Claire Carlton-Hanciles (Serra Leoa); Federico Alessandro Gorla (Itália); Franklyn Roger Alves Silva (Brasil); Gerald Kamonera (Zimbábue); Goce Kocovski (Macedônia do Norte); Gulnaz Shaikhina (Cazaquistão); Herman Schilperoort

(Holanda); Hongyao Wu (China); Irakli Shonia (Geórgia); Ivanka Ivanova (Bulgária); Jargalsaikhan Khunan (Mongólia); Jan Winczorek (Polônia); Joelle Barnes (Seychelles); Josefina Pavon Duron (Honduras); Juan Mendoza Díaz (Cuba); Julen Fernández Conte (Espanha); Júlio Camargo de Azevedo (Brasil); Karol Limondin (Zâmbia); Kennedy Kariseb (Namíbia); Kennedy Kimani (Quênia); Kokebe Wolde Jemaneh (Etiópia); Livia Giuliani (Itália); María Guillén Molina (Espanha); Masauko Edwin Chamkakala (Malawi); Mirel Legrá Fleitas (Cuba); Nancy Baraza (Quênia); Neelu Mehra (Índia); Nir Bahadur Pakhren (Nepal); Pascal Mukanya Mufuta (República Democrática do Congo); Sharon Hofisi (Zimbábue); Simon Rice (Austrália); Sofia Libedinsky (Chile); Stéphanie Lauthé Shaelou (Chipre); Steven Gibens (Bélgica); Susanne Peters (Holanda); Tomoki Ikenaga (Japão); Yaira Obstbaum (Finlândia); Yseult Marique (França); e Yu-Shan Chang (Taiwan).

⁴⁴¹ África do Sul, Austrália, Bélgica, Brasil, Bulgária, Camboja, Canadá, Cazaquistão, Chile, China, Cingapura, Colômbia, Cuba, Chipre, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Equador, Etiópia, Finlândia, França, Geórgia, Holanda, Honduras, Hungria, Índia, Irlanda, Itália, Japão, Kosovo, Lituânia, Macedônia do Norte, Malawi, Maldivas, Mongólia, Namíbia,

com a cooperação de diversas organizações⁴⁴².

O projeto paralelo seguiu a lógica do principal, com um questionário comum elaborado para os países participantes a ser respondido pelos seus pesquisadores, relatando os impactos da Covid-19 nas suas localidades e exararam suas opiniões sobre os influxos fenomenológicos desse triste episódio. O relatório final apresentou dados estatísticos divididos em quatro núcleos correlatos. O primeiro núcleo oferece uma visão geral dos impactos da Covid-19, detalhando as (A) medidas especiais impostas para conter a propagação da Covid-19⁴⁴³, as (B) medidas compulsórias de isolamento

social⁴⁴⁴, as (C) violações de direitos humanos cometidas sob o pretexto de reduzir a propagação do vírus⁴⁴⁵ e a (D) concentração de poder sob o pretexto de reduzir a propagação do vírus⁴⁴⁶. O segundo núcleo oferece uma visão acerca das medidas especiais adotadas para reduzir os impactos negativos do vírus em grupos vulneráveis, detalhando as (A) medidas para garantir o acesso imediato aos benefícios sociais para reduzir os impactos econômicos da pandemia⁴⁴⁷, as (B) soluções habitacionais para pessoas em situação de rua durante a pandemia⁴⁴⁸, as (C) medidas específicas para prevenir a violência de gênero e familiar durante a quarentena⁴⁴⁹ e as (D) medidas

Nepal, Nova Zelândia, Paquistão, Polônia, Portugal, Quênia, República Democrática do Congo, Serra Leoa, Seychelles, Taiwan, Tajiquistão, Tanzânia, Vanuatu, Zâmbia e Zimbábue.

⁴⁴² *Consejo General de la Abogacía Española; Danish Institute for Human Rights (DIHR); Defensoria Pública do Equador; Defensoria Pública dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo; Legal Aid Board – Irlanda; Legal Aid Board – Holanda; Heal Zimbabwe; Hungarian Helsinki Committee; International Legal Aid Group (ILAG); Macedonian Young Lawyers Association; Maldives Law Institute; Universidade Federal Fluminense (UFF).*

⁴⁴³ Acerca das medidas especiais impostas para conter a propagação da Covid-19, em todos os países houve recomendação sobre distanciamento social, uso de máscaras, higienização frequente das mãos e outros cuidados especiais. Em 86% houve restrições de viagens internacionais, sendo o número mais expressivo a proibição de entrada de estrangeiros (39%). O fechamento compulsório de instituições de ensino esteve presente em 94% dos casos relatados (e de forma mais expressiva, em todo o país: 86%).

Em 76% dos casos, houve o fechamento compulsório de negócios não essenciais (mais expressivo em todo o país, 63%).

⁴⁴⁴ 92% dos países envolvidos confirmaram a adoção de medidas compulsórias de isolamento social, como o limite de reunião de pessoas, presente em 59% dos países, proibição total de saída do domicílio (exceto para comprar mantimentos e medicamentos), totalizando 47% e, também, limites para saída do domicílio por dia (20%). No caso de descumprimento das medidas, 12% dos países não possuíam qualquer espécie de penalidade. Em 41% se aplicava pena de prisão e na maioria dos casos (73%), aplicava-se multa ou outras medidas não privativas de liberdade.

⁴⁴⁵ Confirmado em 31% dos países participantes.

⁴⁴⁶ Confirmado em 25% dos países participantes.

⁴⁴⁷ Confirmado em 86% dos países participantes.

⁴⁴⁸ Confirmado em 37% dos países participantes.

⁴⁴⁹ Confirmado em 24%, ausente em 53% e não aplicável em 23% dos países participantes.

impostas para reduzir a propagação da Covid-19 nas prisões⁴⁵⁰.

Ainda, o terceiro núcleo versou sobre as medidas especiais adotadas pelos sistemas judiciais para mitigar o impacto negativo da Covid-19, iniciando com a (A) especificação de quais foram⁴⁵¹, o (B) uso de tecnologias pelos tribunais a fim de evitar contato pessoal⁴⁵², a (C) capacidade de realizar a análise da legalidade das prisões de suspeitos de crimes⁴⁵³ e a (D) capacidade de manter o Estado de Direito e impedir a violação arbitrária

das liberdades civis por indivíduos, organizações ou autoridades governamentais durante a pandemia⁴⁵⁴. Por fim, o quarto núcleo abordou as medidas especiais adotadas pelos sistemas de assistência jurídica para mitigar o impacto negativo da Covid-19 em relação ao acesso aos serviços jurídicos, iniciando como (A) panorama geral e especificações⁴⁵⁵, as (B) medidas especiais para facilitar o atendimento de novas demandas jurídico-assistenciais relacionadas à

⁴⁵⁰ Em 92% dos casos, houve restrição à visita de presos. Soltura de presos em 47% e transferência de presos para celas individuais em 14% dos países.

⁴⁵¹ Reorganização interna adotando o trabalho remoto (73%). Adoção de sistema de plantão judiciário (47%). Suspensão temporária de audiências judiciais (69%). Suspensão temporária do atendimento presencial nas repartições judiciais (71%). Suspensão temporária da tramitação dos processos judiciais (49%). Suspensão temporária das proteções probatórias (12%). Suspensão temporária da necessidade de cumprimento das regras/ordens de gestão procedimental pelas partes (27%). Proteção temporária contra despejos e/ou execuções hipotecárias (43%).

⁴⁵² Audiências judiciais por vídeo conferência (53%). Sistemas digitais para permitir que Advogados/Defensores Públicos proponham demandas judiciais *online* (33%). Sistemas digitais para viabilizar a tramitação online de processos (22%). *Call centers* para permitir a comunicação entre as partes e/ou advogados com funcionários do tribunal (14%). Celular para permitir a comunicação entre as partes e/ou advogados com funcionários do tribunal (35%). E-mails para permitir a comunicação entre as partes e/ou advogados com funcionários do tribunal (41%).

⁴⁵³ Confirmado em 94% dos países participantes.

⁴⁵⁴ Confirmado em 96% dos países participantes.

⁴⁵⁵ Reorganização interna adotando o trabalho remoto (53%). Suspensão do atendimento jurídico-assistencial presencial (47%). Suspensão da aceitação de novos casos (18%). Suspensão de programas de controle de qualidade (12%). Expansão dos parâmetros de elegibilidade para a assistência jurídica (12%). Quanto ao uso da tecnologia para reduzir ou evitar o contato pessoal com os assistidos, ocorreu em 71% dos casos. Videoconferências para viabilizar a comunicação entre prestadores de assistência jurídica e assistidos (35%). *Websites, live chats e/ou fóruns online* para viabilizar a comunicação entre prestadores de assistência jurídica e assistidos (35%). *Call centers* para viabilizar a comunicação entre prestadores de assistência jurídica e assistidos (33%). Celulares para viabilizar a comunicação entre prestadores de assistência jurídica e assistidos (49%). E-mails para viabilizar a comunicação entre prestadores de assistência jurídica e assistidos (53%). Sistemas digitais de autoajuda jurídica (12%). Sistemas de mediação *online* gratuita (8%). No total, 72% dos participantes afirmaram que os seus países adotaram medidas especiais em tema de sistema de assistência jurídica durante a pandemia da Covid-19.

pandemia⁴⁵⁶, o (C) aumento do orçamento destinado à assistência jurídica durante a pandemia⁴⁵⁷, a (D) perspectiva de corte no orçamento destinado ao sistema de assistência jurídica⁴⁵⁸, os (E) regimes especiais de apoio aos advogados que integram os sistemas jurídico-assistenciais⁴⁵⁹, as (F) medidas para evitar o acúmulo de demandas com longo período de espera após a crise da Covid-19⁴⁶⁰ e a (G) capacidade do sistema de assistência jurídica de manter níveis normais de acesso à justiça durante a pandemia⁴⁶¹.

3.4. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O *GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT*

Não obstante o termo final esperado para a entrega do relatório completo dos dados, sugestões e críticas coletados com o projeto, estabelecido pela Coordenação Geral do *Global Access to Justice Project* para o ano de 2020, a pesquisa ainda não foi fechada, melhor dizendo, nem todos os países participantes entregaram os seus respectivos relatórios e nem todos os dados obtidos foram tratados pela coordenação. Pela dimensão do projeto, a conclusão intempestiva é compreensível, ainda mais porque existem diversos fatores significativos que além de estarem distantes do

controle dos Coordenadores Gerais, criam barreiras para a finalização do projeto.

Cleber Francisco Alves relata que uma das principais dificuldades enfrentadas pelo projeto é a carência de recursos financeiros. Diferentemente do cenário envolvendo o *Florence Access-to-Justice Project*, que contou com o apoio da Fundação Ford, não existe um grupo ou uma agência de fomento central para essa pesquisa. Por exemplo, como não há um sistema de remuneração para os participantes, os quais atuam de maneira voluntária, torna-se inviável cobrar as suas atuações de forma exclusiva e prioritária ao projeto. Também, o fato de o Brasil capitanear o projeto é, ao mesmo tempo, algo positivo e negativo. Acerca do seu lado negativo, sobretudo na posição descentralizada do Brasil em relação ao acesso de agências de fomento. Não há, ainda, atrativo editorial para os resultados do *Global Access to Justice Project*, porquanto a ideia do projeto é a divulgação dos resultados em formato aberto (*open access*), diversamente do Projeto Florença.

Outra barreira apontada é a linguística, algo que também se fez presente à época do Projeto Florença, especialmente no sentido de que por mais que a proposta final do projeto seja a redação da conclusão em inglês, por uma questão de acessibilidade aos

⁴⁵⁶ Confirmado em 25% dos países participantes.

⁴⁵⁷ Confirmado em 6% dos países participantes.

⁴⁵⁸ Confirmado em 25% dos países participantes.

⁴⁵⁹ Confirmado em 14% dos países participantes.

⁴⁶⁰ Confirmado em 8% dos países participantes.

⁴⁶¹ Confirmado em 39% dos países participantes.

documentos principais, especialmente os nacionais, existe a preocupação com a divulgação dos resultados em outros idiomas, que não exclusivamente esse. Por fim, uma última barreira identificada foi a pandemia da Covid-19; melhor dizendo, a forma como ela refletiu sobre o objeto central do projeto. Embora o *Global Access to Justice Project* tenha surgido anos antes do auge da propagação do vírus, pode-se atribuir à pandemia a criação de freios estruturais ao projeto, porquanto esse período casar com a etapa de organização dos coordenadores e início da coleta dos dados a partir do relatório, concluído na etapa precedente.⁴⁶²

Até o momento de fechamento deste trabalho, entre todos os países participantes, pouco mais de um terço deles entregaram os seus respectivos dados: (1) Estados Unidos, (2) Canadá,

(3) Cuba, (4) Nicarágua, (5) Equador, (6) Chile, (7) África do Sul⁴⁶³, (8) Zimbábue, (9) Zâmbia, (10) Malawi, (11) Tanzânia, (12) Quênia, (13) Nova Zelândia, (14) Singapura⁴⁶⁴, (15) Índia, (16) China, (17) Japão, (18) Turquia, (19) Macedônia do Norte, (20) Bulgária, (21) Finlândia⁴⁶⁵, (22) Suécia⁴⁶⁶, (23) Irlanda⁴⁶⁷, (24) Portugal, (25) Espanha, (26) França⁴⁶⁸, (27) Bélgica, (28) Noruega, (29) Polônia e (30) Itália⁴⁶⁹. Salvo a pesquisa acerca dos impactos da Covid-19 nos sistemas jurídicos, ainda não foi possível entregar maiores resultados pelo projeto.

O projeto enfrenta alguns problemas de estrutura, como apontado anteriormente, no entanto, veementemente, não se acredita que falhará, tanto é verdade que se dedicou ao desenvolvimento deste material didático-descritivo sobre o *Global Access to Justice Project*, fornecendo informações para a comunidade

⁴⁶² NUNES, Dierle. Cléber Alves: Global Access to Justice Project. YouTube, 26 out. 2022. Disponível em: <<https://bit.ly/4anifll>>. Acesso em: 16 jan. 2025.

⁴⁶³ Cf. HOLNESS, Dave. Access to Justice in South Africa. In: PATERSON, Alan; GARTH, Bryant; ALVES, Cleber; ESTEVES, Diogo; JOHNSON JR., Earl. (Coords.). Access to Justice: Global Access to Justice Project, 2021.

⁴⁶⁴ Cf. EUGENE, Tan K. B. Singapore: National report for the Global Access to Justice Project. Singapore: SMU Yong Pung How School of Law, 2021.

⁴⁶⁵ Cf. MAKHIJA, Sonal; ALASUUTARI, Noora; CARLING, Chris A.; JAUHAINEN, Aino; NIEMINEN, Kati; OBSTBAUM, Yaira; SARASOJA, Laura; RANTALA, Kati. Access to Justice in Finland. In: PATERSON, Alan; GARTH, Bryant; ALVES, Cleber; ESTEVES, Diogo; JOHNSON JR., Earl. (Coords.). Access to Justice: Global Access to Justice Project, 2020.

⁴⁶⁶ Cf. MUHIRE, Heraclitos; GIANISANTI, Enrico; SCHOULTZ, Isabel. Access to Justice in Sweden. Lund: Lund University, 2020.

⁴⁶⁷ Cf. JOYCE, Sindy; O'REILY, Oliver; O'BRIEN, Margaret; JOYCE, David; SCHWEPPE, Jennifer; HAYNES, Amanda. Irish Travelers: Access to Justice. Limerick: University of Limerick, 2022.

⁴⁶⁸ Cf. CHAVENT-LECRÈRE, Anne-Sophie; MARIQUE, Yseult; ROCCATI, Marjolaine. Access to Justice in France. In: PATERSON, Alan; GARTH, Bryant; ALVES, Cleber; ESTEVES, Diogo; JOHNSON JR., Earl. (Coords.). Access to Justice: Global Access to Justice Project, 2020.

⁴⁶⁹ Cf. GIULIANI, Livia; GORIA, Federico Alessandro; SILVESTRI, Elisabetta. Access to Justice in Italy. In: PATERSON, Alan; GARTH, Bryant; ALVES, Cleber; ESTEVES, Diogo; JOHNSON JR., Earl. (Coords.). Access to Justice: Global Access to Justice Project, 2020.

jurídica sobre o projeto, etapas, envolvidos e propostas, auxiliando na divulgação da sua existência e convocando os interessados a participarem, em algum grau, do debate sobre os temas explorados pelo projeto. Também, como sugestão, acredita-se que o projeto deveria investir em maior divulgação das suas atividades, compartilhando os resultados, ainda que parciais, apresentando a sua existência e os seus propósitos para novos pesquisadores, bem como, o projeto poderia incluir mecanismos de contribuição popular, atuando os coordenadores como administradores das atividades, afinal, seria uma forma de encontrar enfoques diferenciados, convocando correlações aos temas que até o momento não foram pensados, criando, de forma otimista, uma rede permanente de pesquisadores internacionais sobre o tema relacionado ao acesso à justiça, monitorando as evoluções (ou retrocessos) dos temas de maneira constante.

CONCLUSÃO

O propósito deste trabalho didático-descritivo foi apresentar panorama geral sobre o *Global Access to Justice Project*, analisando as suas características, informações e andamentos, levando em consideração, também, a sua conexão com a essência do *Florence Access-to-Justice Project*, projetos que embora sejam distintos carregam consigo o mesmo propósito: analisar a realidade e a qualidade do acesso à justiça no

mundo e, a partir disso, sinalizar pontos de melhorias em várias áreas dos sistemas jurídicos que aderiram aos projetos.

Cronologicamente, a pesquisa iniciou com comentários ao Projeto Florença e a sua importância para o desenvolvimento do tema “acesso à justiça” no mundo. Esse estudo ocorreu em Florença, na Itália, entre os anos de 1970 e 1980 e foi capitaneado por Mauro Cappelletti. O marco inicial dessa pesquisa internacional foi a publicação da obra *Toward Equal Justice: a Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies*, em 1975, consistindo em documentar e explicar o acelerado e generalizado movimento em âmbito internacional de acesso aos sistemas jurídicos, fundamental para o desenvolvimento de modelos jurídicos assistenciais no mundo. O *Florence Access-to-Justice Project* foi concluído com a publicação dos volumes e tomos da obra *Access to Justice*, da qual participaram aproximadamente trinta países e contou com uma equipe multidisciplinar de profissionais, como advogados, sociólogos, economistas, antropologistas e cientistas políticos. Esse projeto é, até a atualidade, o maior movimento que se conhece de pesquisa empírica bem-sucedido realizado no Direito.

Com a colaboração de Bryant Garth, Mauro Cappelletti apresentou, logo no primeiro volume da obra, alguns resultados observados a partir das realidades dos países que aderiram ao projeto, retratando as suas particularidades e debilidades, assim como, barreiras a serem transpostas para a qualificação do acesso à justiça

no mundo. O primeiro obstáculo apontado está relacionado aos aspectos do alto custo dos honorários advocatícios e das despesas judiciais, bem como o alongado tempo de tramitação do processo judicial e o desequilíbrio de experiência jurídica entre os litigantes habituais (*repeat players*) em relação aos litigantes eventuais, os quais, por essas condições, deixavam de questionar os seus direitos nos tribunais. Além disso, outro problema constatado foi a deficiência de técnicas para processamento de tutelas coletivas e difusas nos sistemas jurídicos.

Considerando esses problemas, acrescido do quadro constatado a partir do estudo realizado, sugeriu-se três centros pensados para transpor os déficits dos sistemas jurídicos, conhecidos pela metáfora das três ondas/dimensões renovatórias: a primeira versa sobre a necessidade de cautela sobre a hipossuficiência das partes e o desenvolvimento de sistemas de assistência jurídica nos países, a segunda se preocupa com a representação envolvendo interesses coletivos e difusos, revelando o vício do Processo Civil moderno pela carência no desenvolvimento de técnicas adequadas à esses tipos de tutela jurídica e a terceira onda, por fim, sugere uma concepção ampliada de acesso à justiça, reivindicando melhorias procedimentais no processo, apostando no aprimoramento de tipos diferenciados de mecanismos resolutivos de conflitos.

Mais de quatro décadas após a conclusão do Projeto Florença, em 2018, uma iniciativa brasileira, de Cleber Francisco Alves e Diogo Esteves, vinculados à Universidade Federal Fluminense, sugere visitar a ideia do projeto capitaneado por Mauro Cappelletti e promover, seguindo os seus moldes, uma releitura ampliada da proposta, desencadeando o surgimento do *Global Access to Justice Project*. A pesquisa foi articulada a partir de cinco Coordenadores Gerais. Além dos brasileiros anteriormente mencionados, fazem parte Alan Paterson, Bryant Garth e Earl Johnson Jr., bem como, outras subdivisões, levando em consideração a região (América do Norte, Central e Sul, Países Nórdicos, Europa Ocidental e Central, Europa Oriental e Ásia Central, Ásia-Pacífico, Oceania, Oriente Médio e Norte da África e África) e nação, mencionando também a organização linguística.

O objetivo do novo projeto global, na linha do seu antecessor, a partir de um formulário para respostas encaminhado aos Coordenadores Nacionais, é entregar a obra *Access to Justice: a new global survey*, projetada para cinco volumes, dos quais o primeiro visa analisar os resultados das sete ondas/dimensões elegidas e de outros quatro temas: (1) os custos para a resolução de litígios no âmbito do sistema judiciário formal e serviços jurídicos assistenciais para os mais pobres e vulneráveis, (2) as iniciativas contemporâneas para garantir a representação dos direitos difusos e coletivos, (3) as iniciativas para aprimorar o procedimento e os

mecanismos que compõem o sistema de processamento de litígios, (A) o Processo Civil, (B) o Processo Penal, (C) os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos e (D) a simplificação legal e atalhos no processo jurídico.

Ainda, (4) a ética nas profissões jurídicas e acesso dos advogados à justiça, (5) o contemporâneo processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos, (6) as iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça e (7) a desigualdade de gênero e raça nos sistemas jurídicos. Sobre os quatro temas: (1) a abordagem sociológica: necessidades jurídicas (não atendidas) e a sociologia da (in)justiça, (A) a necessidades jurídicas (não atendidas) e (B) a sociologia da (in)justiça, (2) as abordagens antropológica e pós-colonial: dimensões culturais do problema de acesso e o aprendizado dos povos das primeiras nações, (3) a educação jurídica e, por fim, (4) os esforços globais na promoção do acesso à justiça. Vale ratificar que os demais volumes comportarão os relatórios nacionais dos países envolvidos, refletidos nesses pontos informados.

Com exceção da pesquisa *Impactos do Covid-19 nos Sistemas de Justiça*, reunindo dados sobre como a pandemia afetou a qualidade do acesso à justiça no mundo, concluída em abril de 2020, até o momento de fechamento deste trabalho, a pesquisa global não foi finalizada, sendo que o termo final esperado pela Coordenação Geral do *Global Access*

to Justice Project para a entrega dos relatórios completos, sugestões e críticas era o ano de 2020. Conforme relato de Cleber Francisco Alves, o projeto enfrentou algumas dificuldades como a inexistência de uma agência de fomento, especialmente pela posição central do Brasil na pesquisa, sobretudo no acesso à canais para financiamento, bem como a inexistência de atrativo editorial, afinal, a proposta da pesquisa é divulgar os resultados em formato *open access*. Acrescenta-se, também, a barreira linguística e, principalmente, a pandemia da Covid-19, responsável por criar freios estruturais ao projeto, conquanto ter ocorrido no mesmo período do início da coleta dos dados pelos países participantes. Esse conjunto resultou nos freios do projeto, de modo que, até o momento, apenas trinta países entregaram os seus respectivos relatórios.

Como afirmado, veementemente, não se acredita que o projeto falhará. Ratificando, o propósito maior destas linhas é fornecer informações para a comunidade jurídica sobre o projeto, etapas, envolvidos e propostas, auxiliando na divulgação da sua existência e convocando os interessados a participarem, em algum grau, do debate sobre os temas explorados pelo projeto. Em vista de suas particularidades e desafios, acredita-se que o projeto deveria investir em maior divulgação das suas atividades, compartilhando os resultados, ainda que parciais, apresentando-o para novas pessoas, bem como, poderia incluir

mecanismos de contribuição popular, atuando os coordenadores como administradores das atividades, possibilitando encontrar enfoques diferenciados aos já estabelecidos, convocando correlações aos temas que até o momento não foram pensados, criando, de forma otimista, uma rede permanente de pesquisadores internacionais sobre o tema relacionado ao acesso à justiça, monitorando as evoluções (ou retrocessos) dos temas de maneira constante.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Cleber Francisco. A pandemia do covid-19 e o acesso aos direitos e à justiça: reflexões sobre seus efeitos no presente e no futuro da atuação da Defensoria Pública. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 15, p. 19-46, 2021.
- CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James; JOHNSON JR., Earl. *Toward Equal Justice: a Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies: text and materials*. Milano: Giuffrè, 1975.
- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento. *In*: _____. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. 1. p. 379-397.
- _____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Nerthfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.
- _____. *Access to Justice: the Worldwide Movement to Make Rights Effective: a General Report*. Milano: Giuffrè, 1978.
- _____. *Access to Justice: The newest wave in the worldwide movement to make rights effective*. *Buffalo law review*, v. 27, p. 181-292, 1978.
- _____; TROCKER, Nicolò. *Access to Justice: variations and continuity of a World-Wide movement*. *Maurer Faculty*, n. 46, p. 664-707, 1982.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FAUSTINO, Marcella Raphaella. *Democratização do acesso à justiça: um estudo sobre a atuação extrajudicial das Defensorias Públicas*. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Fundação João Pinheiro, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: 200p., 2020.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos*. *Revista da Faculdade de Direito*, n. 79, p. 283-307, 1984.
- HENRICHS, Cristiane-Maria. *New Global Access to Justice Project: consolidação de ideias antigas-reflexões sobre as novas ideias*. *Revista Eletrônica OAB/RJ*, v. 1, n. 1, sem paginação, 2020.

- LAGES, Cintia Garabini; DIZ, Jamile B. Mata. Revisitando a concepção de acesso à justiça a partir da obra de Cappelletti e Garth. *Revista Jurídica*, v. 22, n. 47, p. 219-252, 2018.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. *Quaestio Iuris*, v. 8, n. 3, p. 1827-1858, 2015.
- NETTO, Carlos Eduardo Montes; LEHFELD, Lucas de Souza; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Atuação da Defensoria Pública na arbitragem ambiental. *Revista Opinião Jurídica*, n. 36, p. 117-147, 2023.
- NUNES, Dierle; MALONE, Hugo. Tendências mundiais em tecnologia e processo: a sexta onda do acesso à justiça. *Revista de Processo*, v. 346, p. 373-400, 2023.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Mauro Cappelletti e o Direito Processual brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 45-48, 2001.
- OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. Fundamentos do acesso à justiça: conteúdo e alcance da garantia fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- PASCHOAL, Thaís Amoroso; PESSOA, Olívia Alves Gomes. Medindo os impactos da tecnologia sobre o acesso à justiça em tempos de pandemia. *In: ENAJUS*, 1, 2021, Lisboa (PT). *Anais do ENAJUS*, Lisboa: ENAJUS, 2021. p. 1-11.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *In: _____*. *Ensaio e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 1. p. 31-57.
- PATERSON, Alan; GARTH, Bryant; ALVES, Cleber Francisco; ESTEVES, Diogo; JOHNSON JR., Earl. Descortinando o Global Access to Justice Project: a nova pesquisa mundial sobre o movimento de acesso à justiça. São Paulo: JOTA, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3WnUeex>>. Acesso em: 16 jan. 2025.
- PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Acesso à Justiça: Projeto Florença e Banco Mundial. Dissertação (Mestrado em Direito Público e Econômico), Mestrado Acadêmico em Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo: 176p., 2009.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. Lições de direitos fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- QUEIROZ, Roger Moreira de. Defensoria Pública, acesso à justiça e vulnerabilidade. *Revista da Defensoria Pública do estado de Minas Gerais*, n. 7, p. 132-154, 2022.
- RAMOS, Fabio Fagner Pereira. Acesso à justiça: aspectos históricos, Projeto Florença e Constituição Federal de 1988. *Boletim Científico ESMPU*, n. 56, p. 160-187, 2011.

SALMORÁN, Rolando Tamayo y. Class action: una solución al problema de acceso a la justicia. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 58, p. 147-165, 1987.

SILVA, Heres Pereira; SILVA, Paulo José Pereira Torres Carneiro da; ECCARD, Wilson Tadeu de Carvalho. Projeto Florença de Acesso à Justiça: uma atualização necessária frente a virada tecnológica no direito. Cadernos de Direito Actual, n. 19, p. 275-302, 2022.

STANGHERLIN, Camila Silveira. A implementação de práticas autocompositivas no Brasil: alcances e limites na concretização da terceira onda de acesso à justiça do Projeto Florença. Cadernos de Direito, v. 21, n. 40, p. 83-99, 2022.

TREVISAM, Elisaide; GUTIERRES, Mariana Marques; COELHO, Helena Alice Machado. Acesso à justiça e Online Dispute Resolution: uma análise das primeira e terceira ondas. Prisma Jur, v. 22, n. 1, p. 175-192, 2023.

MINISTERIOS DE JUSTICIA, SEPARACIÓN DE PODERES E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL⁴⁷⁰

MINISTRIES OF JUSTICE, SEPARATION OF POWERS AND INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY

Ignacio M. Soba Bracesco

Profesor Agregado por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Profesor del Master de Derecho Procesal y Litigación de la Universidad de Montevideo (Uruguay). Profesor invitado de derecho procesal en carreras de grado y posgrado en distintas universidades iberoamericanas. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Co-coordinador académico en *Probaticius*. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la *International Association of Procedural Law*, del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal Eduardo J. Couture. Presidente honorario del Foro Uruguayo de Derecho Probatorio. Co-Director del Anuario de Derecho Probatorio del Foro Uruguayo de Derecho Probatorio. Asesor en la Presidencia de la República. Las opiniones aquí vertidas son personales, producto de mis reflexiones, estudios o investigaciones acerca de los sistemas de justicia y el derecho procesal a lo largo de los años. No comprometen la posición de ninguna institución ni de persona alguna. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5894-6902> Contacto: @IgnacioSoba / ignacio.soba@fder.edu.uy.

RESUMEN: El presente trabajo analiza los Ministerios de Justicia desde una perspectiva comparada, sin perjuicio de algunas alusiones al diseño constitucional uruguayo. A partir de los principios de independencia judicial y separación de poderes, se argumenta que la existencia de un Ministerio de Justicia no compromete dichos principios, en tanto en un Estado de Derecho —constitucional y democrático— no ejerce función jurisdiccional ni interfiere con el Poder Judicial. En el derecho comparado, los Ministerios de Justicia cumplen funciones clave como articulador, puente o nexo entre los Poderes, en la

formulación de políticas públicas vinculadas al sistema de justicia (en sentido amplio), incluyendo los temas de acceso a la justicia, asistencia legal, ejercicio de la abogacía, política penitenciaria, digitalización y tecnología en el sistema de justicia, entre otros. Se concluye que el Ministerio de Justicia podría cumplir un rol relevante como articulador institucional y formulador de políticas públicas, sin invadir la órbita funcional-orgánica que se reserva al Poder Judicial.

⁴⁷⁰ Artigo recebido em 27/07/2025 e aprovado em 08/08/2025.

PALABRAS CLAVE: Ministerio de Justicia; Poder Judicial; separación de poderes; sistema de Justicia.

ABSTRACT: This paper analyzes Ministries of Justice from a comparative perspective, with occasional references to the Uruguayan constitutional framework. Based on the principles of judicial independence and the separation of powers, it is argued that the existence of a Ministry of Justice does not compromise these principles, insofar as in a constitutional and democratic rule of law, such ministries do not exercise judicial functions nor interfere with the Judiciary. In comparative law, Ministries of Justice play key roles as coordinators or institutional bridges between branches of government, particularly in the formulation of public policies related to the justice system (broadly understood). These include matters such as access to justice, legal aid, the legal profession, penitentiary policy, and the incorporation of digital tools and technology in the justice system, among others. The conclusion reached is that a Ministry of Justice could serve a significant role in institutional coordination and public policy formulation, without encroaching upon the functional and organic domain reserved for the Judiciary.

KEYWORDS: Ministry of Justice; Judiciary; separation of powers; justice system.

INTRODUCCIÓN. LA COMUNICACIÓN Y DIÁLOGO ENTRE LOS PODERES

La independencia judicial, la separación de poderes son pilares del Estado de Derecho. Se dijo con claridad en Francia, en 1789, cuando en el n° 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se previó que: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”.

Por supuesto, los ideales de esta Declaración, así como otros propios de la ilustración y el período revolucionario de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, se vieron replicados en distintos lugares y en distintos documentos. Un ejemplo de esto son algunas ideas acerca de los gobiernos a nivel provincial y nacional que formaron parte de las Instrucciones del año XIII (sobre este punto véase: Valentin, 2024, pp. 33-34), cuando se dice: “Así este como aquel se dividirán en poder legislativo, ejecutivo y judicial” (5); “Estos tres resortes jamás podrán estar unidos entre sí y serán independientes en sus facultades” (6). Luego, en el caso uruguayo, la separación de poderes pasó a formar parte de la primera Constitución de la República (art. 14 de la Carta de 1830, entre otros), y así hasta nuestros días, con algunos ajustes o cambios en el diseño institucional.

En el marco constitucional uruguayo, así como también en otros ordenamientos jurídicos, un Ministerio

de Justicia claramente no es un poder del Estado⁴⁷¹. Un Ministerio forma parte del Poder Ejecutivo, por lo que no es ni puede ser parte del Poder Judicial. Aunque resulte obvio, desde un Ministerio de Justicia no se juzga ni se dictan sentencias.

La existencia de un Ministerio de Justicia en el marco constitucional no compromete la separación de poderes. Más bien participa institucionalmente de esa separación de poderes.

Pero a la vez, un Ministerio de Justicia es algo más. Es un facilitador, un nexo, un puente entre el Poder Ejecutivo (del cual es parte) y el Poder Judicial, como también entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo (fruto, por ejemplo, de la iniciativa legislativa de aquél⁴⁷²).

Como bien indica Pereira Campos (2024, p. 109), la separación de poderes no impide reconocer interacciones necesarias: “los diálogos e interacciones entre el Poder Judicial y los poderes políticos son necesarios en temas tan complejos como la organización del sistema de justicia, el presupuesto, el sistema carcelario, los procesos estructurales, entre otros”.

En la Constitución uruguaya distintas normas refieren a la interacción entre los poderes, pero quisiera detenerme en una disposición en particular: el art. 240 de la Constitución de la República. Ese artículo es bastante específico y a la vez amplio. Allí se prevé que, en el ejercicio de sus funciones, la Suprema Corte de Justicia se comunicará directamente con los otros Poderes del

⁴⁷¹ En cuanto a la denominación de estos organismos, la misma puede tener matices propios de las tradiciones jurídicas, o presentar variantes fruto de las competencias que se le hubiese asignado en cada caso (v.gr., simplemente Justicia, o Justicia y Seguridad, Justicia y Asuntos Digitales, Justicia y Protección del Consumidor, Justicia y Derechos Humanos, son sólo algunos ejemplos entre muchos). Ahora bien, más allá de estos matices y oscilaciones, se puede hablar de Ministerios de Justicia a efectos de simplificar.

⁴⁷² Son varias las disposiciones constitucionales que refieren a la iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo (previéndose incluso privativamente en algunos supuestos). Aquí mencionaré solo algunas. En ese sentido, el art. 133 de la Constitución de la República dispone: «Todo proyecto de ley puede tener su origen en cualquiera de las dos Cámaras, a consecuencia de proposiciones hechas por cualquiera de sus miembros o por el Poder Ejecutivo por medio de sus Ministros, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 6º del

artículo 85 y artículo 86». En tanto, el art. 168 prevé que «Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde: (...) 7º) Proponer a las Cámaras proyectos de ley o modificaciones a las leyes anteriormente dictadas. Dichos proyectos podrán ser remitidos con declaratoria de urgente consideración». Jiménez de Aréchaga (s.f., pp. 196-197) refiere al Poder Ejecutivo como «colegislador», por su derecho de iniciativa legislativa. En similar sentido, y entre otros, Cassinelli Muñoz (2009, p. 257). En el derecho comparado, y sin perjuicio de lo que se dirá en el apartado correspondiente (donde se destaca, por ejemplo, el caso alemán como «Ministerio de Legislación»), encontramos como una experiencia cercana, la llamada «Comisión General de Codificación» del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relación con las Cortes (España). Recuperado de: <https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-actuacion/actividad-legislativa/comision-general-codificacion> (consultado el 30 de junio de 2025).

Estado. Difícil decirlo con más claridad. La Constitución ni siquiera utilizó la expresión podrá comunicarse. Da por sentado, como en realidad no puede ser de otro modo, la existencia de esa comunicación. Y además enfatiza señalando que será directa.

El Poder Judicial dentro del Estado de Derecho toma contacto, necesariamente, con el resto de los Poderes, porque aun siendo un poder independiente, no es un poder aislado.

1. LA VISIÓN DESDE EL SISTEMAS DE JUSTICIA: QUÉ ES Y QUÉ NO ES UN MINISTERIO DE JUSTICIA

La función jurisdiccional — principio de separación de poderes mediante— recae, de regla, en el Poder Judicial (en el caso uruguayo: Constitución de la República, arts. 233 y ss.). Puede haber función jurisdiccional por fuera del Poder Judicial pero esto debe surgir de una habilitación de la propia Constitución y sería, además, algo excepcional (es lo que sucede, por ejemplo, con el Tribunal de lo Contencioso Administrativo que en Uruguay es un sistema orgánico ubicado fuera del Poder Judicial).

Los Ministerios de Justicia eventualmente se podrían ocupar de tareas vinculadas con la gestión administrativa de las oficinas judiciales, así como de aspectos administrativos vinculados con la carrera judicial. Ahora bien, esto

depende, en algunos casos, del diseño constitucional.

Uruguay quizá sea algo raro en términos de derecho comparado ya que la Suprema Corte de Justicia (compuesta por cinco miembros, no dividida en salas) concentra — comparativamente— gran poder: es el órgano vértice, que entiende en recursos de casación, de revisión; es además corte constitucional, en tanto concentra las declaraciones de inconstitucionalidad; es el órgano que dentro del Poder Judicial ejerce la superintendencia disciplinaria, etc. En Uruguay tampoco existe un órgano al estilo de los Consejos de la Magistratura, Judicatura o Consejos Generales del Poder Judicial, que se ocupe de dirigir aspectos vinculados a la gestión administrativa, la carrera judicial o la cuestión disciplinaria de los jueces. A diferencia de ciertas regulaciones comparadas, no existe en la Constitución de la República una disposición que establezca ese tipo de institucionalidad. Conforme se ha señalado, las tareas asociadas generalmente a este tipo de órgano corresponden, en Uruguay, a la Suprema Corte de Justicia, quien ejerce la superintendencia directiva, correctiva, consultiva o económica, escapando la reglamentación de la organización interna y del funcionamiento del Poder Judicial a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo (Cajarville Peluffo, 2012, pp. 487-488)⁴⁷³.

⁴⁷³ Con relación a los temas de independencia y superintendencia, remito, además, a lo

expresado por la Suprema Corte de Justicia (integrada), en sentencia n° 549, de 20 de julio

A modo de ejemplo, y sin perjuicio de reiterar que el ejercicio de la superintendencia tiene distintas facetas, a la Suprema Corte de Justicia le corresponde la designación de Jueces y Ministros de Tribunales de Apelaciones (sin perjuicio de la aprobación de la Cámara de Senadores, en el último caso – art. 239 n° 4 y 5 de la Constitución de la República), traslados (art. 246 de la Constitución de la República), etc. Todo esto ampliamente reglamentado por la conocida como Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales (Ley N° 15.750, de 24 de junio de 1985 y modificativas). Similares consideraciones caben respecto del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Constitución de la República, arts. 307 y ss. y Código de lo Contencioso Administrativo – Ley N° 20.333, de 11 de septiembre de 2024).

Descartada la faceta jurisdiccional, en un Estado de Derecho —constitucional y democrático— como el que actualmente existe en Uruguay, un Ministerio de Justicia podría participar en el diseño y ejecución de aquellas políticas públicas del Poder Ejecutivo que se vinculen al sistema de justicia.

El sistema de justicia no se puede confundir con Poder Judicial. Entiendo que es posible considerar el sistema de justicia desde distintas ópticas, las que se podrían denominar

—a efectos ilustrativos— como amplísima, amplia y estricta.

El sistema de justicia, desde una óptica amplísima, podría incluir, por ejemplo, la política penitenciaria (más amplia a su vez que la carcelaria, incluyendo, por ejemplo, las alternativas a la prisión); cuestiones relativas a la lucha contra el crimen organizado y la política criminal; los temas asociados a distintos registros públicos (vinculados al estado civil, registros comerciales, civiles, catastrales, propiedad intelectual, etc.); las cuestiones de acceso a la justicia (las barreras u obstáculos de distinta naturaleza que se enfrentan y que limitan ese acceso, la situación de las personas en condición de vulnerabilidad, etc.); la difusión de la cultura jurídica y temas de actualidad como el lenguaje claro; la regulación de la asistencia legal gratuita, así como la defensa pública; las distintas variantes relativas a la organización de la conocida como abogacía del estado (que podría incluir apoyo, coordinación o patrocinio en litigios nacionales y/o internacionales); la regulación de las profesiones jurídicas; los temas relacionados a la utilización del conocimiento experto por la policía, fiscalía, abogados, jueces: habilitación, regulación y/o supervisión de laboratorios forenses, debates institucionales y epistemológicos relativos al uso de las denominadas ciencias forenses, registros de peritos

de 2022, en la cual se declaran inconstitucionales los arts. 1, 2, 3, 6, 7, 8 y 10 de la Ley N° 19.830 del 18 de septiembre de 2019 (que modificó la Ley N° 15.570, conocida como Ley Orgánica de la Judicatura). Más allá

de este comentario, no se analizará aquí el rediseño de las oficinas judiciales, la gestión de la oficina digital o virtual, o si es posible colaborar con la gestión administrativa de oficinas judiciales desde el Poder Ejecutivo.

o expertos, etc. Estos y otros temas — asociados al sistema de justicia en sentido amplísimo— podrían ser competencia de un eventual Ministerio de Justicia. La ausencia de un Ministerio de Justicia hace que se pierda este tipo de mirada articuladora a nivel estructural, sistémico, haciendo mayor la entropía en el sistema.

Desde una óptica amplia, en tanto, el sistema de justicia estaría más centrado en la resolución de conflictos. Podría incluirse aquí al sistema o subsistema procesal (en el que participan juzgados, tribunales o cortes); así como al arbitraje, de carácter evidentemente extrajudicial, aunque jurisdiccional; y otros mecanismos de carácter alternativo no jurisdiccionales para la solución, composición y/o resolución de conflictos (*alternative dispute resolution* – ADR), sea que se encuentren en manos de entidades privadas, públicas y/o estatales. En el caso uruguayo, podríamos incluir aquí a la mediación o la conciliación administrativa en casos de reclamos

laborales, de consumidores, etc. Un Ministerio de Justicia podría favorecer una visión holística a este nivel, propiciando el orden y la articulación entre los componentes de un sistema de justicia en sentido amplio.

Finalmente, desde una mirada más limitada o, si se prefiere, estricta, el sistema de justicia se podría asociar o acotar a lo estrictamente jurisdiccional o, todavía más limitado, a lo judicial.

Con relación a esto último, sería excesivo ingresar aquí en la demarcación del concepto de jurisdicción, pero el tema se presenta como muy interesante. A modo ilustrativo, nos podríamos preguntar: ¿jurisdicción comprende a la ejecución? ⁴⁷⁴ ¿se pueden admitir ejecuciones extrajudiciales (en Uruguay, se reconoce esta posibilidad para la ejecución de algunos créditos vinculados con la adquisición de viviendas y con garantía hipotecaria)? ¿la jurisdicción abarca a los procesos voluntarios o los procesos voluntarios se podrían administrativizar? ⁴⁷⁵ Estos

⁴⁷⁴ En el derecho comparado encontramos ejemplos de administrativización o de participación de otros sujetos distintos a los jueces o funcionarios judiciales en la ejecución. Así, en Suecia, se puede mencionar la *Kronofogden - Enforcement Authority*; o en Portugal, la figura del agente de ejecución de su CPC (2013): art. 719: «...Corresponde al agente de ejecución realizar todas las funciones del procedimiento de ejecución que no estén atribuidas a la secretaría o sean de responsabilidad del juez...»; art. 720: «...El agente de ejecución es designado por el actor de entre los inscritos en una lista oficial...». Cuestiones administrativas vinculadas a la ejecución podrían estar radicadas en el ámbito de un Ministerio de Justicia.

⁴⁷⁵ En Uruguay, Tarigo ha estudiado el tema del pasaje del ámbito judicial al administrativo de ciertos asuntos no contenciosos o voluntarios. La naturaleza jurídica del proceso voluntario ha sido largamente estudiada y debatida, no existiendo consensos. Según Tarigo, los procesos voluntarios no se ubican dentro del concepto legal de jurisdicción ya que en él no se persigue ni el juzgamiento ni la ejecución. Sin perjuicio de lo cual, le corresponderá intervenir a los órganos judiciales en aquellos actos no contenciosos en que la ley así lo requiera (o sea, a opción del legislador). Para Tarigo la intervención de los tribunales en todos aquellos asuntos no contenciosos en los que la ley lo requiera le ha sido encomendada a los tribunales por fuera de lo que es la labor

temas podrían tener impacto en esta delimitación del sistema de justicia.

El sistema de justicia, además, se podría catalogar como de multipuertas (aunque claro, no con todas las puertas de la misma importancia)⁴⁷⁶, o como un sistema con pasarelas entre sus componentes, dentro de los cuales las personas transitan o se mueven para plantear y resolver sus conflictos, casos o problemas, de la forma más adecuada posible.

Entiendo que un Ministerio de Justicia sería clave para generar en él un punto institucional de referencia a efectos de centralizar datos, estadísticas, observatorios; para dar debates institucionales,

interdisciplinarios, estructurales y sistémicos; para pensar y generar las políticas públicas basadas en evidencia y centradas en las personas (véase Pereira Campos, 2025a, pp. 147-154), que podrían tener impacto directo o indirecto en el sistema de justicia en el corto, mediano y largo alcance.

Un Ministerio de Justicia participaría, además, de la cooperación y de las relaciones internacionales, integrando los organismos o conferencias que nuclea a este tipo de instituciones. En el caso iberoamericano, participaría de la Conferencia de Ministros de Justicia

jurisdiccional. En su estudio sobre el tema proporciona varios ejemplos históricos. Uno más reciente podría ser el del art. 6 de la Ley N° 19.684, de 26 de octubre de 2018, que dejó de ser un trámite judicial para pasar a ser administrativo: «(Adecuación de nombre o sexo en documentos identificatorios).- Toda persona podrá solicitar la adecuación de la mención registral de su nombre, sexo, o ambos, cuando los mismos no coincidan con su identidad de género. La referida adecuación será de iniciativa personal del titular, quien debe formular la petición ante la Dirección General del Registro de Estado Civil, acreditando los antecedentes que la justifique junto con los demás requisitos que establezca la reglamentación...» (Soba Bracesco, 2010 y 2021). Cuestiones como esta u otras (eventuales divorcios administrativos, temas relacionados con uniones concubinarias, sucesiones que se puedan tramitar extrajudicialmente, si así se reconociese a nivel legislativo, como en su tiempo propuso Eduardo J. Couture para algunos casos – arts. 337 y ss. del Proyecto de Código de Procedimiento Civil publicado en 1945), podrían caer en el ámbito de actuación de un eventual Ministerio de Justicia.

⁴⁷⁶ Véase Pereira Campos, 2025a, p. 127. Algo de esto también se puede apreciar en el borrador de Convenio Iberoamericano de Acceso a la Justicia, que en su art. 15 dispone: «Mecanismos colaborativos. 1.- Los Estados Parte reconocerán y promoverán aquellos mecanismos que permitan a las partes gestionar sus conflictos de manera directa y colaborativa como pueden ser, entre otros, el arbitraje, la mediación, la negociación, la conciliación, la facilitación y otros, de tal manera que pueda utilizarse el más apropiado al conflicto en particular considerando las necesidades de las personas implicadas. 2.- Asimismo adoptan el compromiso de velar porque la actividad de resolución colaborativa de conflictos se lleve a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen, garantizando la debida confidencialidad y la igualdad entre las partes. 3. Los Estados Parte tomarán los resguardos necesarios para que los mecanismos colaborativos no se conviertan en barreras para el acceso a la justicia, especialmente cuando se configuren como requisitos de procedibilidad». Recuperado de: <https://comjib.org/convenio/> (consultado el 30 de junio de 2025).

de los países de Iberoamérica - COMJIB⁴⁷⁷.

Claramente, y se insiste, el Ministerio de Justicia no podrá ejercer ningún tipo de función jurisdiccional. Pero esto no impide que desde un Ministerio de Justicia se convoque a los agentes que intervienen en el sistema de justicia para debatir y reflexionar acerca de la eficacia, la eficiencia, la articulación, la interconexión, la administración y gestión del sistema⁴⁷⁸. Luego, las competencias o el rol que corresponda al Ministerio de Justicia podrá ser más o menos amplio según lo que se decida, en cada momento y en cada lugar, en la regulación, conforme la Constitución de cada país.

2. LOS MINISTERIOS DE JUSTICIA EN EL DERECHO COMPARADO

Los Ministerios de Justicia son una constante y un componente clave de la institucionalidad de las

principales democracias y Estados de Derecho a nivel internacional. Esto se puede constatar, por ejemplo, si acudimos al Índice de Estado de Derecho del Proyecto de Justicia Mundial (*Rule of Law Index - World Justice Project*). En ese sentido, se puede señalar que todos los países ubicados en el top 10 del citado índice (me limitaré a estos por razones de extensión) cuentan con un Ministerio o Departamento de Justicia con rango equivalente o similar jerarquía.

Aquí me circunscribiré a una reseña lo más descriptiva posible, en la cual resumiré qué hacen estos Ministerios, refiriendo a algunas de sus competencias⁴⁷⁹. A efectos de evitar confusiones, no incluiré competencias de algún modo vinculadas a la administración o gestión de cortes y tribunales. También vale aclarar que ninguno de los Ministerios que serán listados a continuación ejerce función jurisdiccional. La función jurisdiccional recae, como ha sido expresado, en

⁴⁷⁷ En la Unión Europea, en tanto, existen otros ámbitos, como puede verse en la Resolución 2008/C 326/01 del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo sobre la creación de una red de cooperación legislativa entre los Ministerios de Justicia de los Estados miembros de la Unión Europea.

⁴⁷⁸ No ingresaré aquí a analizar la perspectiva sistémica, que toma en cuenta el conjunto de casos que recibe o que podría recibir ese sistema de justicia (no sólo el Poder Judicial), cómo se organizan, procesan y gestionan. Esto es analizado también como *case management* macro o estructural (García Odgers 2019a, pp. 69, 86 y ss.; Armenta Deu, 2023, p. 22). Adicionalmente, se puede sumar a esta perspectiva de análisis la cuestión de la

proporcionalidad. Al decir de Pereira Campos (2021b, p. 59), muchos países del *common law* han adoptado la idea de que «corresponde hacer coincidir la amplitud del procedimiento con la magnitud de la disputa», a lo que luego añade: «El concepto se aplica tanto a la cantidad de procedimiento que se permite a las partes requerir del sistema, como a la cantidad de gestión judicial y recursos que el tribunal debe dedicar a un caso».

⁴⁷⁹ Un adelanto de este capítulo fue publicado en Soba Bracesco, I. M. (2025). Se facilita el enlace a los sitios web institucionales de los organismos para que resulte más sencilla la consulta directa de los mismos. Quienes estén interesados podrán obtener información de primera mano para armar o reforzar sus propias reflexiones, según sea el caso.

tribunales independientes e imparciales.

1º *Dinamarca: Justitsministeriet*
- <https://www.justitsministeriet.dk/>

El Ministerio de Justicia es responsable de la seguridad, la protección, el derecho y la justicia en Dinamarca. El Ministerio de Justicia asesora al gobierno y a la administración central en asuntos como la Constitución, los derechos humanos, la protección de datos, el derecho administrativo y el derecho de propiedad. El Ministerio también asesora sobre cuestiones de Derecho de la UE, incluyendo casos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y proporciona asistencia jurídica general a ministerios y organismos en relación con las propuestas legislativas del gobierno. El Ministerio es responsable también de centros penitenciarios.

2º *Noruega: Justis- og
beredskapsdepartementet*
- <https://www.regjeringen.no/no/dep/jd/ansvarsomrader-og-oppgaver-i-jd/id468/>

El Ministerio de Justicia y Seguridad Pública es responsable de la seguridad pública, el servicio de rescate y la coordinación de la política noruega en las regiones polares. Como secretaría profesional brinda apoyo para el desarrollo, la difusión y la implementación de políticas gubernamentales. El Ministerio tiene responsabilidad administrativa sobre un gran número de leyes. Elabora planes de acción y estrategias, propuestas, leyes y reglamentos. Elabora el presupuesto estatal para el área de justicia y preparación ante

emergencias, y garantiza una buena gestión financiera.

3º *Finlandia: Oikeusministeriö*
- <https://oikeusministerio.fi/ministerio>

El Ministerio de Justicia mantiene y desarrolla el orden jurídico y la seguridad jurídica, fortalece las estructuras democráticas y protege los derechos fundamentales de la ciudadanía. El Ministerio es responsable de la elaboración de leyes clave que preservan el orden jurídico. El Ministro de Justicia tiene la responsabilidad política de las actividades del Ministerio y de su rama administrativa. Algunas de sus funciones son: elaboración de proyectos de ley en materia de derecho constitucional, derecho administrativo general, derecho privado, derecho penal y procesal, así como otras materias legislativas que no sean competencia de otro ministerio; desarrollo de la preparación legislativa del Gobierno y del asesoramiento jurídico de la UE; asistencia jurídica y colegio de abogados en general; asesoramiento financiero y de deudas; ejecución de multas, penas comunitarias y penas de prisión; planificación general de la prevención del delito y otras políticas penales; desarrollar el estatuto de las víctimas de delitos, si el asunto no es competencia de otro ministerio; antecedentes penales y otros registros legales indultos; solicitudes matrimoniales; administración jurídica internacional, si el asunto no es competencia de otro ministerio; Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; igualdad y

promoción de buenas relaciones étnicas.

4º

Suecia: Justitiedepartementet

- <https://www.regeringen.se/sveriges-regering/justitiedepartementet/>

El Ministerio de Justicia es responsable de cuestiones vinculadas a seguridad, de los servicios penitenciarios, de las cuestiones migratorias, la cooperación judicial internacional, etc. La legislación en materia de derecho constitucional y administrativo general, derecho civil, derecho procesal, derecho penal, orden público y seguridad, y derecho migratorio y de asilo es de su competencia.

5º

Alemania: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- https://www.bmjbv.de/DE/Startseite/Startseite_node.html

El Ministerio Federal de Justicia y Protección del Consumidor (BMJV) es el principal responsable, dentro del gobierno federal, de áreas jurídicas que -según dice- a menudo tienen un impacto directo en la vida cotidiana de las personas. Estas incluyen distintos aspectos relacionados con el derecho civil, el derecho mercantil, el derecho penal y el derecho procesal. En ese sentido, se lo ha considerado algo así como un “Ministerio de Legislación” o para la legislación, así como para la protección y el fortalecimiento de los derechos de los consumidores a nivel nacional, europeo e internacional.

6º *Nueva Zelanda: Ministry of Justice* - <https://www.justice.govt.nz/>

El Ministerio de Justicia se presenta como la única agencia del

sector público que trabaja con los tres poderes: ejecutivo, legislativo y apoyando al Poder Judicial independiente. Administra el sistema de justicia gratuita y defensa pública para las personas que no pueden acceder a un abogado. Trabaja con otros para apoyar a las víctimas, para reducir el crimen y la reincidencia. Lleva el registro de antecedentes penales. Lidera la política pública en temas vinculados al sistema de justicia. Asesora a otros Ministerios y Gabinetes, etc.

7º *Luxemburgo: Ministère de la Justice*

- <https://mj.gouvernement.lu/fr.html>

El Ministerio de Justicia tiene competencia en temas civiles; cambios de nombre y de sexo; mediaciones civiles, comerciales y penales; cooperación internacional; registros mercantiles, societarios, concursales; digitalización de la justicia; relaciones con el Poder Judicial y con los Colegios de Abogados y Notarios; coordinación de la lucha contra el blanqueo y el terrorismo; coordinación general de los litigios administrativos; temas de nacionalidad; administración penitenciaria.

8º *Países Bajos: Ministerie van Justitie en Veiligheid*

- <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-justitie-en-veiligheid>

El Ministerio de Justicia y Seguridad es responsable de mantener el Estado de Derecho -según dice- para que las personas puedan convivir en libertad, independientemente de su estilo de vida o sus opiniones. El Ministerio trabaja por una sociedad

más segura y justa brindando protección legal a las personas. Trabaja en la reinserción social de los presos y le brinda apoyo a las víctimas de delitos. Colabora con municipios, instituciones educativas, empresas, inspecciones y la Administración Tributaria y Aduanera. Se encarga de temas de migración, coordinación de la lucha contra el terrorismo, etc.

9º *Irlanda: Department of Justice, Home Affairs and Migration* - <https://www.gov.ie/en/department-of-justice-home-affairs-and-migration/>

El Departamento de Justicia, Asuntos Internos y Migración trabaja para promover la seguridad comunitaria y nacional, promover la justicia y la igualdad y salvaguardar los derechos humanos. En cuanto al acceso a la justicia, la responsabilidad del departamento incluye ampliar el acceso y eliminar las barreras al sistema de justicia para que satisfaga las necesidades del público, la sociedad y las empresas. Trabaja en distintos proyectos vinculados a las víctimas de delitos.

10º *Estonia: Justiits- ja Digiministeerium* - <https://www.justdigi.ee/>

El Ministerio de Justicia y Asuntos Digitales tiene como objetivo planificar e implementar la política jurídica y penal del país, que ayude a garantizar una sociedad abierta y segura, donde las personas conozcan sus derechos y puedan confiar en su protección. Entre otras tareas, coordina la lucha contra la delincuencia, incluida su prevención; coordina el proceso legislativo del gobierno, garantizando

que los ministerios creen nuevas leyes de conformidad con la Constitución y otras leyes y los principios generales del derecho público y privado; garantiza la seguridad jurídica y promueve el espíritu empresarial, incluso garantizando la calidad de los registros judiciales y la legalidad de las actividades de los alguaciles, los administradores concursales, los notarios, los traductores y el Colegio de Abogados; garantiza el buen funcionamiento de los procedimientos judiciales, procedimientos rápidos y eficientes, y una asistencia jurídica accesible y de alta calidad, y tramita las solicitudes de asistencia jurídica internacional; configura y dirige el desarrollo digital, promoviendo el gobierno digital, la ciberseguridad y el sector de las comunicaciones, y contribuyendo a promover la historia de éxito digital de Estonia tanto a nivel nacional como internacional; garantiza servicios digitales fáciles de usar y eficientes mediante el desarrollo de la digitalización de los servicios públicos, decisiones basadas en datos y soluciones tecnológicas y jurídicas que respalden el crecimiento económico y la innovación; garantiza la ciberseguridad y la preparación digital para que los servicios digitales de Estonia sean seguros, fiables y resilientes ante las crecientes ciberamenazas y situaciones de crisis; desarrolla la infraestructura digital y las redes de comunicaciones del país, ampliando la disponibilidad de Internet de alta velocidad, promoviendo la interoperabilidad y contribuyendo al desarrollo de la infraestructura digital de Europa.

En definitiva, al menos para estos casos, se puede decir que la variable que hace a la existencia de un Ministerio de Justicia (o figuras similares), no incidiría negativamente en temas fundamentales como el de la independencia judicial o la separación de poderes.

REFLEXIONES FINALES

Tal como se ha expresado, un Ministerio de Justicia no puede ni debe ejercer función jurisdiccional. La función jurisdiccional —principio de separación de poderes mediante— recae, de regla, en el Poder Judicial (Constitución de la República, arts. 233 y ss.). Puede haber función jurisdiccional por fuera del Poder Judicial pero esto debe surgir de una habilitación de la propia Constitución y sería, además, algo excepcional. A nivel comparado resulta muy claro que los Ministerios de Justicia no juzgan, no dictan sentencias, no ejercen función jurisdiccional. Tanto el concepto de justicia como de sistema de justicia, entendidos en sentido amplísimo o amplio, no provocan mayores confusiones con lo que es el rol de los juzgados, tribunales o cortes a nivel comparado. Los juzgados, tribunales o cortes integran normalmente los

Poderes Judiciales, tratándose de órganos independientes e imparciales (en sentido fuerte)⁴⁸⁰.

Dentro de los parámetros y variables que hacen a la interacción necesaria entre los poderes, la existencia de un Ministerio de Justicia no incidiría, *per se*, en temas como independencia judicial ni en la propia separación de poderes. Separación que no es incomunicación, ni aislamiento de poderes.

En ese sentido, no se conocen investigaciones que hayan aislado la variable Ministerio de Justicia para determinar —*ceteris paribus*— su incidencia en la independencia del Poder Judicial.

No hay indicios a nivel comparado (sobre la base de evidencia), de que los Ministerios de Justicia afecten la separación de poderes o la independencia judicial. Esto se podría explicar, quizá, por motivos históricos (su existencia puede tener siglos), o por razones vinculadas a la cultura jurídica e institucional.

En los sistemas de justicia comparados (al menos en la mayoría de las democracias occidentales), los Ministerios de Justicia —como Ministerios básicos o esenciales en la estructura del Estado (como seguridad interior o relaciones exteriores)—,

⁴⁸⁰ La imparcialidad en sentido fuerte es la imparcialidad jurisdiccional, por contraposición a la imparcialidad que en ocasiones se postula respecto de algunos funcionarios u órganos de la administración pública. En Uruguay, por ejemplo, la imparcialidad administrativa tiene consagración normativa: Código de lo Contencioso Administrativo (Ley N° 20.333, de

11 de septiembre de 2024), art. 4 lit. k; Ley N° 19.823, de 18 de septiembre de 2019 (Código de ética de la función pública), arts. 5, 6, 7, 8 lit. I, 18; Ley N° 19.121, de 20 de agosto de 2013 (uno de los estatutos del funcionario público), arts. 4, 29 n.º 9; etc. Respecto a la imparcialidad en sentido fuerte y estas distinciones: Soba Bracesco, 2024, pp. 49-50.

tienen una existencia que no se pone, de regla, en tela de juicio. Las amenazas, los asedios, los ataques a los Poderes Judiciales no se encuentran focalizados en los Ministerios de Justicia (instituciones normalmente sometidas al control parlamentario). Por el contrario, los países mejor ranqueados en el Índice de Estado de Derecho citado *supra* cuentan con Ministerios de Justicia.

Esta, entiendo, es una diferencia con los debates que se suscitan respecto a los Consejos Superiores, Consejos Generales de los Poderes Judiciales, Consejos de la Magistratura o denominaciones similares, que también existen en múltiples ordenamientos jurídicos, y que sí son más estudiados en cuanto a sus roles y su incidencia en la gobernanza de los sistemas de justicia y en la independencia judicial (por ejemplo: Aarli y Sanders, 2023).

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*. Madrid: Trotta.
- ANTÍA, F. y VAIRO, D. (2019a). La Suprema Corte de Justicia en Uruguay: entre instituciones formales e informales (1985-2018). *Opera*, 24, 27-48. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/5857>
- (2019b). Política y Justicia en Uruguay: el poder de la Suprema Corte de Justicia

(1990-2018). *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 28(2), 61-86. <https://rucp.cienciassociales.edu.uy/index.php/rucp/article/view/439/341>

- AARLI, R. y SANDERS, A. (2023). Judicial Councils Everywhere? Judicial Administration in Europe, with a Focus on the Nordic Countries. *International Journal for Court Administration*, 14(2), 3. <https://doi.org/10.36745/ijca.487>
- ARMENTA DEU, T. (2023). *Jueces, fiscales y víctimas en un proceso en transformación*. Madrid: Marcial Pons.
- CAJARVILLE PELUFFO, J. P., (2012). *Sobre Derecho administrativo* (tomo I - tercera edición ampliada). Montevideo: FCU.
- CASSINELLI MUÑOZ, H. (2013). *Derecho Público* (tercera actualización). Montevideo: FCU.
- DUFFAU, N. y Rico, Á. (2012). *El Poder Judicial bajo la dictadura*. Montevideo: Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación.
- GARCÍA ODGERS, R. (2022). Proporcionalidad, *case management* y pruebas: Una aproximación teórica y comparada desde la perspectiva del proceso civil de Inglaterra y Gales. En Soba Bracesco, I. M. (Director) y Martínez Morales, S. (Secretario de Redacción). *Anuario de Derecho Probatorio*, (2022)1. Recuperado de: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=1128&idedicion=18955>

- (2019a). *El case management en perspectiva comparada. Teoría, evolución histórica, modelos comparados y un caso en desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2019b). El case management en el proceso civil francés. Los contratos procesales y la flexibilidad como herramientas de eficiencia. En Machado Martins, P. y Larroucau Torres, J. (Coordinadores). *Estudios de Derecho Procesal. Libro de amigos del Profesor Dr. Raúl Núñez Ojeda* (pp. 193-256), Santiago: DER Ediciones.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (s/f). *La Constitución de 1952* (tomo II – arts. 1 a 173). Montevideo: Organización Medina.
- MORENO, D. (2024). *Historia del derecho uruguayo*. Montevideo: FCU.
- NAHUM, B., GUTIÉRREZ, D. y KLETT, S. (2007) (Directores). *Centenario de la Suprema Corte de Justicia 1907-2007*. Montevideo: Poder Judicial.
- NIEVA FENOLL, J., Oteiza, E. (2019) (Directores). *La independencia judicial: un constante asedio*. Madrid: Marcial Pons.
- PATRITTI ISASI, M. (2019). Los jueces, el derecho, la política y la moral: ¿la ideología define la interpretación jurídica? Apuntes para el debate. *Revista La Justicia Uruguaya*, 157(4), 85-107.
- PEREIRA CAMPOS, S. (2025a). *Justicia civil. Hacia una perspectiva sistémica y de política pública*. Lima: Palestra.
- (2025b). *Panorama de la justicia civil en Iberoamérica. Reformas realizadas e indicadores*. Montevideo: FCU.
- (2024). *La independencia judicial en peligro*. Montevideo: FCU.
- (2022). Proporcionalidad procesal y justicia civil: tiempo de cambios. En *Revista Eletrônica de Direito Processual-REDP*, 23(2), 1215-1238. Recuperado de: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/67850/42387>
- (2021a). Prólogo. En Soba Bracesco, I. M. *Estudios de Derecho procesal* (pp. 7-12). Montevideo: La Ley Uruguay.
- (2021b) La proporcionalidad procesal como instrumento relevante de la justicia civil. *Revista ítalo-española de Derecho procesal*, 2021(1), 55-73.
- PÉREZ RAGONE, Á. y Vitorelli, E. (2024). Independência e imparcialidade judicial no terceiro milênio. Um estudo mundial. San Pablo: JusPodivm
- REAL, A. R. (1949). La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas. La administración no puede ser juez en causa propia (a propósito de un fallo de la Suprema Corte). *La Justicia Uruguaya*, Tomo 17, 47-55.
- SOBA BRACESCO, I. M. (2025). Los Ministerios de Justicia del top 10 del Índice de Estado de Derecho. Una reseña comparada y descriptiva. En *Derecho procesal* [blog]. Recuperado de:

- <https://ignaciosoba-derechoprocesal.blogspot.com/2025/06/los-ministerios-de-justicia-del-top-10.html>.
- (2024). *La valoración imparcial y racional de la prueba*. Montevideo: FCU.
 - (2023). Ministerio de Justicia en Uruguay. Cinco puntos para el debate. En *Derecho procesal* [blog]. Recuperado de: <https://ignaciosoba-derechoprocesal.blogspot.com/2023/03/ministerio-de-justicia-en-uruguay-cinco.html>
 - (2022). El fortalecimiento de la defensa pública en Uruguay. *Judicatura*, 72, 43-52.
 - (2021). Identidad de género y adecuación de nombre o sexo en documentos identificatorios (pp. 705-715). En Veiras, J. (Coordinador). *Procesos de familia* (Tomo II). Montevideo: FCU.
 - (2010). Procesos voluntarios: cuestiones teóricas y actualidad del debate. En *Noticias Jurídicas*. Recuperado de: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4552-procesos-voluntarios:-cuestiones-teoricas-y-actualidad-del-debate/>
- Trujillo, H. (2022). La independencia judicial en Uruguay: discrepancias, explicaciones y puntos a debatir. *Anuario Del Área Socio-Jurídica*, 14(1), 01–19. https://doi.org/10.26668/1688-5465_anuariosociojuridico/2022.v14i1.8499
- VALENTIN, G. (2024). Apuntes para una historia del Derecho Procesal Uruguayo (primera parte). *Revista Uruguaya De Derecho Procesal*, 1, 21-62. <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/rudp/article/view/4818>

A TRANSFERÊNCIA DE PROVA ENTRE PROCESSOS: UM DIÁLOGO COM A JURISPRUDÊNCIA^{481 482}

THE TRANSFER OF EVIDENCE BETWEEN PROCESSES: A DIALOGUE WITH JURISPRUDENCE

Maria José Capelo

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro titular do Instituto Jurídico/Universidade de Coimbra (Portugal) e do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual; Professora da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra. Study of Law in the Law School of Coimbra (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), where she obtained the titles of Master of Law (Mestrado) and Juris Doctor (Doutoramento) in Civil Procedure. Senior Researcher University of Coimbra Institute for Legal Research (UCILeR) and Assistant Professor at the Faculty of Law of the University of Coimbra (having started her career as a Law Professor in 1990), where she taught and teaches Civil Procedure, Alternative Dispute Resolution and Consumer Law. E-mail: mjcapelo@fd.uc.pt.

RESUMO: O presente estudo a transferência de prova entre processos, destacando a relevância do artigo 421.º do Código de Processo Civil (CPC). Evidencia-se a importância do princípio do valor extraprocessual da prova, inspirado pelo antigo artigo 526.º do CPC de 1939 e pela ideia de José Alberto dos Reis, que assegura que o valor das provas não fica restrito ao processo em que foram produzidas, podendo se estender para além dele. A utilização de provas emprestadas favorece a economia e celeridade processuais, evitando a repetição de diligências que podem ser prejudiciais às partes, como é o caso de depoimentos de crianças ou provas irrepetíveis, como depoimentos de

falecidos. Entretanto, o uso extraprocessual de provas deve respeitar o contraditório, garantindo o direito de participação da parte contrária na formação da prova. A circulação probatória mostra-se mais facilitada no caso de provas documentais, facilmente transferidas por certidões ou cópias. Diferentemente, ocorre nos depoimentos e perícias, cujo uso requer cautela para evitar manipulações. Assim, a aplicação do artigo 421.º do CPC deve ser analisada considerando a natureza da prova e o princípio do contraditório, garantindo a integridade do processo e a busca pela verdade material.

⁴⁸¹ Artigo recebido em 21/05/2025 e aprovado em 23/05/2025.

⁴⁸² Artigo publicado originalmente na Revista de Legislação e de Jurisprudência. ANO 151.º MARÇO - ABRIL DE 2022 N.º 4033. Título em inglês, resumo, palavras-chave, abstract e keywords produzidos na editoração.

PALAVRAS-CHAVE: princípio extraprocessual; prova irrepitível; audiência contraditória; provas documentais; interesse público.

ABSTRACT: The text discusses the transfer of evidence between proceedings, highlighting the relevance of article 421 of the Code of Civil Procedure (CPC). The importance of the principle of extra-procedural value of evidence is highlighted, inspired by the former article 526 of the CPC of 1939 and by the idea of José Alberto dos Reis, who ensures that the value of evidence is not restricted to the process in which it was produced, it can extend beyond it. The use of borrowed evidence favors procedural economy and speed, avoiding the repetition of steps that can be harmful to the parties, such as the case of children's testimonies or unrepeatable evidence, such as testimonies of the deceased. However, the extra-procedural use of evidence must respect the adversarial principle, guaranteeing the right of participation of the opposing party in the formation of evidence. The circulation of evidence is easier in the case of documentary

evidence, which is easily transferred by certificates or copies. Differently, it occurs in testimonies and expert opinions, whose use requires caution to avoid manipulation. Thus, the application of Article 421 of the CPC must be analysed considering the nature of the evidence and the adversarial principle, ensuring the integrity of the process and the search for the material truth.

KEYWORDS: extra-procedural principle; unrepeatable evidence; adversarial hearing; documentary evidence; public interest.

INTRODUÇÃO - NOTAS GERAIS EM TORNO DO ARTIGO 421.º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nas últimas reformas processuais, a letra do artigo 421.º do CPC⁴⁸³ permaneceu incólume, mas o aparente “desinteresse” do legislador não retira atualidade e relevância ao tema da transferência de prova entre processos.

O confronto com outros sistemas processuais civis⁴⁸⁴, nos

⁴⁸³ Os artigos citados sem referência a qualquer diploma legal pertencem ao Código de Processo Civil Português, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26/6. Os Acórdãos referidos constam da base de dados do Ministério da Justiça.

⁴⁸⁴ Na Itália, no silêncio da lei processual civil (salvo o regime previsto para o aproveitamento da prova de processo extinto consagrado no art. 310, n.º 3) a prática jurisprudencial tem propugnado pela transferência de prova entre processos de forma muito lata (cf., entre outras decisões no sentido da admissibilidade da

eficácia extraprocessual, Cassazione civile, 6 maio 2016, n. 9242; Cassazione civile., 3 abril 2017, n. 8603), entendimento que não tem sido sufragado, de forma pacífica, na doutrina. Numa monografia dedicada ao tema (*La circolazione della prova nei processi civili*, Giuffrè Editore, 2008), Maria Cristina Vanz expõe, numa perspectiva diacrónica, o pensamento contrastante entre a jurisprudência, que admite a circulação da prova em virtude dos princípios da unidade de jurisdição e da livre apreciação da prova, e o ceticismo da doutrina (Cf. *ob.cit.*, sobretudo pp.

quais o princípio do valor extraprocessual da prova não é acolhido expressamente na lei, revelando a originalidade do conteúdo do artigo 526.º do Código de Processo Civil de 1939, fundado no pensamento de José Alberto dos Reis: “o valor das provas não fica confinado ao processo em que foram produzidas; projeta-se para além dele”⁴⁸⁵.

As vantagens da prova emprestada (*borrowed evidence*, na expressão clássica de Jeremy Bentham⁴⁸⁶) parecem evidentes.

A prerrogativa de utilizar provas, em processo diferente, perante a

mesma pessoa que teve a *faculdade de participar na sua constituição*, privilegia a economia e a celeridade processuais.

Não é de menosprezar a circunstância de a repetição da colheita da prova poder ser prejudicial para o sujeito envolvido e, por isso, se justificar a sua eficácia em processo diferente. Um exemplo paradigmático desta última hipótese está previsto na alínea d) do n.º 7 do artigo 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível: se, em processo-crime, a criança tiver prestado declarações para memória futura, estas podem ser

1 a 26). Gian Franco Ricci reconduz a eficácia extraprocessual da prova a uma hipótese de prova atípica, sublinhando o risco de não estar assegurado tanto o princípio do contraditório na formação da prova (sobretudo quando as partes do processo são diferentes) como o princípio da oralidade e a plenitude da assistência do juiz — Cf. «Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale », *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* Ano 56, N.º 2 (2002), pp. 409 a 452, sobretudo pp. 420 e 430. Andrea Graziosi é mais cético quanto à admissibilidade de prova que não siga o modelo legal de formação de prova, com exceção da prova que é irrepetível e naqueles casos em que as partes consentem na utilização de um meio de prova atípico, cf. «Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile», *Riv.Trim.Proc.Civ.* (2011), pp. 694 a 724, sobretudo pp. 712 e 713.

⁴⁸⁵ Cf. *Código de processo Civil anotado*, Volume III, 4.ª ed, Coimbra, p. 344.

⁴⁸⁶ Ao classificar as provas, Jeremy Bentham distingue a prova independente da prova emprestada, esta no sentido de prova produzida num outro processo (*Treatise on Judicial Evidence*, tradução inglesa, J.W. Paget, 1825, 1825, p. 14). Inês Fernandes Godinho «To be or not to be: Empréstimo de prova, circulação de prova e verdade em processo penal», *Revista do*

Ministério Público, Ano 42, n.º 168 (Outubro/Dezembro 2021), p. 121-145, sobretudo pp. 131 e 132] distingue entre empréstimo de prova e circulação de prova, subsumindo na primeira «a deslocação da prova de uma esfera para outra, ainda que com possível perda das qualidades do elemento a emprestar através da deslocação », e entendendo que a circulação de prova pressupõe «uma manutenção das propriedades do objeto circulante, mantendo-se inalterada a sua natureza, independentemente do valor do objeto para o destino de circulação». No caso de deslocação de prova de outros processos para o processo penal (ou seja, empréstimo) salienta a importância, na falta de disposições específicas no Código de Processo Penal, de se condicionar a admissibilidade da transferência de meios de prova ao respeito dos princípios e regras de prova atinentes ao processo penal. No que diz respeito à circulação de prova (que não seja “prova proibida”), exemplifica com o regime previsto no n.º 7 do artigo 187.º do CPP e no contexto transfronteiriço invoca a lei n.º 88/2017, de 21 de agosto, que transpõe a diretiva 2014/41/ EU, a qual teve o objetivo de acelerar a obtenção e a transferência dos meios de prova entre os Estados Membros da União Europeia (cf. estudo citado, sobretudo pp. 132 a 144).

consideradas como meio probatório no processo tutelar cível. O seu aproveitamento previne, assim, “(...) os efeitos de contaminação e erosão da veracidade do depoimento e de vitimização secundária abundantemente apontados àquela prática”⁴⁸⁷.

É incontornável, de igual modo, a utilidade deste expediente quando o meio de prova se torna irrepitível. Veja-se, por exemplo, a hipótese em que se aproveita o depoimento de um sujeito que, entretanto, faleceu⁴⁸⁸. No entanto, o *carácter irrepitível da prova* não deve constituir justificação para a admissão de um meio probatório sem algumas cautelas (*infra*, as considerações tecidas em torno do exame de pesquisa de álcool). Ou seja, as vantagens desta eficácia extraprocessual da prova não podem legitimar, como adverte Giuseppe Tarzia, a emergência de um “princípio

de irreversibilidade das aquisições instrutórias”, sem concomitantemente se reafirmar a indispensabilidade da garantia do contraditório⁴⁸⁹.

Será, por isso, critério legítimo para rejeitar a transferência de prova entre processos (penal para o civil), a inobservância da audiência contraditória, na formação da prova, perante quem se quer fazer valer o meio de prova num segundo processo. Foi o que sucedeu no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto⁴⁹⁰, datado de 23 de setembro de 2021, no qual se apreciou o aproveitamento de depoimentos, extraídos de um processo penal, nuns embargos de executado. O Tribunal desconsiderou (bem, na nossa perspetiva) os depoimentos com fundamento no facto de terem sido extraídos de um processo de inquérito “uma fase processual de investigação em que vigora o segredo de justiça, não

⁴⁸⁷ Cf., neste sentido, Rui do Carmo, «As declarações como testemunhas — aplicar e clarificar a lei (As declarações únicas da criança; o Estatuto de Vítima; Recusa a Depor)», *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2.º Semestre 2016, Número 2, p. 100.

⁴⁸⁸ O facto de a prova ser irrepitível não assegura, por exemplo, a eficácia extraprocessual de uma inspeção judicial, realizada noutro processo, com o argumento de que os vestígios de um determinado acidente desapareceram. Prevalece, neste meio de prova, o carácter pessoal das percepções, interpretações ou deduções do juiz, formando-se a convicção na própria diligência.

⁴⁸⁹ Cf., criticando a prática jurisprudencial italiana no sentido de admissibilidade de fontes atípicas de convencimento, Giuseppe Tarzia, «Problemi del contraddittorio

nell'istruzione probatoria civile», *Rivista di Diritto Processuale*, 1984, pp. 634 a 658, expressamente p.639. No ordenamento processual brasileiro, perante o artigo 372 do Código de Processo Civil de 2015, que admite a utilização de prova produzida em outro processo, uma vez observado o contraditório, Paulo Henrique dos Santos Lucon anota que o juiz deve aferir de que modo se deu no processo de origem a produção da prova que se quer transplantar sob pena de uma das partes ficar surpreendida relativamente à admissibilidade de meio de prova sobre o qual a parte não teve ocasião de se manifestar — cf. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, Coord. António do Passo Cabral/Ronaldo Kramer, art. 373, p. 577.

⁴⁹⁰ Cf. Acórdão de 23/09/2021, Processo 12138/19.6T8PRT-A.P1.

constando que tivessem sido submetidos a “audiência contraditória”, para além de que não consta que a embargada ali tivesse intervindo em qualquer qualidade processual”⁴⁹¹.

A possibilidade formal concedida à parte⁴⁹², contra quem se quer fazer valer os elementos probatórios, de acompanhar e controlar a produção de prova no processo primitivo é, por isso, condição essencial. Se ela, convidada para fiscalizar a prova, não o fez — *sibi imputet*⁴⁹³.

Esta exigência de “diálogo probatório”⁴⁹⁴ tem ainda o mérito de tutelar “o interesse público da descoberta da verdade, como pressuposto essencial da boa administração da justiça, contra a manipulação unilateral e o aproveitamento tendencioso dos meios de prova levados aos autos”⁴⁹⁵.

1. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Aparentemente o artigo 421.º do CPC está arquitetado para o aproveitamento da prova constituenda (depoimentos e perícias mencionados na hipótese legal).

No que diz respeito à prova documental a sua circulação não suscita problemas. Sobre este ponto, Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora esclarecem-nos: “[Q]uanto à prova documental, não há necessidade especial que justifique a extensão do princípio, uma vez que, através de certidão, cópia, fotocópia ou desentranhamento do documento dos autos, a parte interessada pode facilmente obter a junção da prova ao novo processo”⁴⁹⁶.

E perante a circulação “livre” dos documentos entre causas, tornar-se-á pertinente a distinção entre prova

⁴⁹¹ Cf. Acórdão referenciado na nota anterior.

⁴⁹² Entendemos que não constitui pressuposto da eficácia extraprocessual da prova a identidade de *ambas* as partes no processo primitivo e naquele para o qual é transferida a prova. Exige-se apenas que o sujeito contra quem se apresenta a prova tenha sido parte no processo anterior. A este propósito é pertinente questionar se devemos aplicar a regra de aferição de identidade do sujeito, atendendo à qualidade jurídica em que atua, nos termos delineados no n.º 2 do artigo 581.º. No pressuposto de que à parte originária tenha sido dada a possibilidade de exercer o contraditório na formação da prova, nada parece obstar à utilização dessa prova, noutro processo, perante o sujeito que assumiu a posição jurídica de quem foi parte no processo primitivo. Em sentido diverso, Rui Pinto entende que o critério da identidade se baseia nos sujeitos concretos e não na qualidade

jurídica em que atuam (Cf., *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, Almedina, 2018, anotação ao artigo 421.º, ponto 4. I., pp. 635 e 636).

⁴⁹³ Sublinhando que não é necessário uma audiência efetiva, bastando que a parte tenha sido notificada para exercer o seu direito — Antunes Varela/ J. M. Bezerra/ Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed, Coimbra Editora, 1985, p. 493.

⁴⁹⁴ Referindo que a garantia do contraditório destina-se a permitir que à produção de prova por uma das partes a outra possa responder com uma contraprova ou com a prova do contrário, originando um diálogo probatório — João de Castro Mendes/ Miguel Teixeira de Sousa, *Manual de Processo Civil*, Volume I, Lisboa: AAFDL Editora, 2022, p. 515.

⁴⁹⁵ Cf. Antunes Varela/ J. M. Bezerra/ Sampaio e Nora, *cit.*, p. 489.

⁴⁹⁶ Cf. *ob.cit.*, p. 492.

documental⁴⁹⁷ e prova documentada ou “materializada” (num documento escrito)⁴⁹⁸. Somente quanto à prova documentada se aplicarão os crivos estabelecidos no artigo 421.º.

Quanto ao âmbito de aplicação, entendemos que não podemos ficar adstritos à literalidade do preceito (que menciona os “depoimentos” e as “perícias”). Com algumas ponderações, sufragamos a sua aplicabilidade a hipóteses compreendidas no seu espírito (não obstante não expressas no elemento literal), como passaremos a expor.

Relativamente ao depoimento de parte, uma concatenação da atual redação do artigo 421.º com o artigo 452.º legitima que questionemos a amplitude da expressão legal

“depoimentos”. Recorde-se que, na Reforma do Código de Processo no ano de 2013, um esforço de adequação da letra do artigo 452.º com o conteúdo do n.º 2 do artigo 356.º do Código Civil determinou a previsão da figura das “prestações de informações ou esclarecimentos” como uma possível fonte de confissão judicial⁴⁹⁹. Num outro estudo, tivemos oportunidade de tecer as nossas considerações críticas quanto à recondução da “prestação de informações ou esclarecimentos” à Secção I, do Capítulo III, do Título IV, intitulada “Prova por confissão das partes”⁵⁰⁰.

Por um lado, entendemos que esta opção legislativa menoriza as vertentes clarificadora e informativa dos esclarecimentos e informações

⁴⁹⁷ À noção ampla do documento (artigo 362.º do Código Civil) subjazem dois requisitos, como assinala Luís Filipe Pires de Sousa (Cf. *Direito Probatório Material Comentado*, Almedina, 2020, p. 106), um funcional - relativo à função representativa de uma coisa, pessoa ou facto — outro teleológico, no que diz respeito à finalidade representativa do documento. A ideia de que o documento não é a declaração mas apenas a representa é crucial para delimitar a função da sentença enquanto documento público, distinguindo esta força probatória da eficácia do dispositivo incorporado no documento [cf., desenvolvendo este ponto, Maria José Capelo, *A sentença entre a autoridade e a prova: em busca de traços distintivos do caso julgado civil*, Almedina, 2016 (reimpressão), pp. 105 a 116].

⁴⁹⁸ Referindo-se às várias funções do documento escrito, Luís Filipe Pires de Sousa, *Direito Probatório Material Comentado*, cit., p. 108. Na doutrina brasileira, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Prova e Convicção de acordo com o CPC de 2015*, 3.ª ed, Editora Revista dos Tribunais, pp. 609 e 611)

distinguem prova documental — aquela através da qual se tem a representação imediata do facto a ser reconstruído — e o registo escrito, tanto da prova pericial como da testemunha, que comprova a existência da prova “colhida”. Assinalam que este registo não modifica a sua característica originária de prova pessoal.

⁴⁹⁹ Isabel Alexandre afirma que nada distingue, no que diz respeito aos pressupostos de aplicação, o depoimento de parte determinado oficiosamente e a prestação de informações e esclarecimento sobre factos que interessam à causa (cf. «A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013», *Revista do Ministério Público*, Abril-Junho 2013, Ano 34, p. 36).

⁵⁰⁰ Cf. o nosso estudo «Principais Novidades sobre Provas no Novo Código de Processo Civil Português», in *Processo Civil Comparado: Análise entre Brasil e Portugal*, Org. João Calvão da Silva, Leonardo Carneiro da Cunha, Maria José Capelo e Osvir Guimarães Thomaz, São Paulo: Forense, 2017, pp. 183 a 210, sobretudo pp. 195 a 198.

(prestados pela parte) em detrimento do eventual resultado confessório da presença da parte em juízo.

Por outro lado, não é claro o procedimento a adotar na “colheita” destas prestações de informações ou esclarecimentos, pois a lei não impõe o mesmo formalismo adotado em matéria de depoimento de parte *strictu sensu*⁵⁰¹.

De todo o modo, não descartando *prima facie* o aproveitamento deste “esclarecimentos” e “informações” num procedimento distinto, defendemos que o seu valor extraprocessual (independentemente do carácter confessório ou não) deverá pressupor o respeito das regras que pautam a tramitação da prestação do depoimento de parte: o juramento e a possibilidade de a parte contrária acompanhar a prestação de esclarecimentos, requerendo as instâncias necessárias para se esclarecer ou completar as respostas

(nomeadamente artigos 461.º, n.º 2, e 463.º)⁵⁰².

No que diz respeito às declarações de parte (previstas no artigo 466.º), não nos suscita dúvidas a sua inclusão no âmbito de aplicação do artigo 421.º⁵⁰³, desde que, no processo primitivo, tenha sido dado a possibilidade ao sujeito — perante quem se invoca o registo das declarações — de acompanhar essa “colheita” de prova.

Por fim, devem considerar-se subsumidas no artigo 421.º, as “Verificações não judiciais qualificadas” (artigo 494.º), diligência probatória através da qual se incumbe um técnico ou uma pessoa qualificada de proceder a atos de inspeção (de coisas ou lugares) ou de reconstituição de factos, como alternativa à inspeção judicial⁵⁰⁴.

Enquanto na inspeção judicial, prova direta por excelência, a fonte da convicção é a própria diligência e não o seu relato, na verificação não judicial qualificada⁵⁰⁵, um técnico ou pessoa

⁵⁰¹ Estrela Chaby (*O depoimento de parte em processo civil*, Coimbra Editora, 2014, p. 61) chama a atenção para o facto de que «(...) não se prevendo que as partes prestem juramento, nem que a diligência, a ocorrer, seja contraditória, não se vê como, sem postergação dos princípios do código e em verdadeiro contraciclo em relação ao espírito da Reforma (...) se poderia configurar estar em causa uma diligência com carácter ou intencionalidade probatória».

⁵⁰² Cf. «Principais Novidades sobre Provas no Novo Código de Processo Civil Português», *cit.*, p.197.

⁵⁰³ Vide, porém, excluindo-as do campo de aplicação do artigo 421.º - Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, *cit.*, anotação ao artigo 421.º, ponto 3.1., p. 635.

⁵⁰⁴ José Lebre de Freitas (*A ação declarativa comum à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 4.ª ed, Gestlegal, p. 347) afirma que a verificação não judicial «mais não se trata do que de uma perícia oficiosamente ordenada, com um só perito e sem possibilidade de alargamento, pelas partes do respetivo objeto nem de reclamações contra o relatório apresentado » mas se for realizada por pessoa com poderes de atestação assume a configuração de prova documental (situação ressalvada na parte final do artigo 494.º, n.º2).

⁵⁰⁵ No Acórdão da Relação de Coimbra, de 20/03/2018 (Processo 66/14.6TBRSD-A.C1) sustenta-se que «a verificação não judicial qualificada (...) destina-se a evitar a inspeção judicial e a perda de tempo do julgador e despesas acrescidas que esta acarreta,

qualificada efetua “constatações” de uma certa realidade, as quais faz constar de um relatório, passível de ser “emprestado” a um processo distinto e aí ser valorado em conjunto com as demais provas⁵⁰⁶.

Delimitado o campo de ação da eficácia extraprocessual da prova, tal como está gizado no artigo 421.º, as múltiplas vertentes do tema — tendo em conta a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil a outros ramos do direito, para além dos regimes especiais que se vão instituindo, sobretudo, por força de uniformização europeia⁵⁰⁷ — determinou que tivéssemos como referência a prática jurisprudencial em matéria de transferência de meios de prova para uma ação cível.

Nesta perspetiva, um breve olhar para os casos jurisprudenciais despertam-nos para algumas questões que merecem reflexão, seja em matéria de valor da prova produzida em procedimento cautelar⁵⁰⁸ da eficácia extraprocessual da prova emergente de processo crime e contraordenacional numa ação cível⁵⁰⁹, ou da eficácia da

prova produzida na averiguação oficiosa da paternidade/maternidade⁵¹⁰ em distintas ações (tema com acrescida relevância derivada das alterações introduzidas pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, relativa ao Regime Geral do Processo Tutelar Cível).

2. A PRESERVAÇÃO DA NATUREZA ORIGINÁRIA DO MEIO DE PROVA NO PROCESSO DISTINTO

Quando a prova é transferida de um processo para um processo distinto, o meio de prova entrará no novo processo de forma documentada (por via da gravação⁵¹¹ ou redução a escrito). No entanto, enquanto “prova emprestada” preservará a sua identidade originária, não se transmutando, por conseguinte, em prova documental.

A aplicação do princípio da eficácia extraprocessual deverá, por conseguinte, assentar na distinção entre prova documental e prova documentada⁵¹². Assim, por exemplo, uma perícia preservará essa sua

constituindo um meio de prova diferenciado, e situado, quanto à sua natureza e força probatória, entre a prova testemunhal e a pericial, mas que mais desta se aproxima».

⁵⁰⁶ Vide, sobre este novo meio de prova, «As verificações não judiciais qualificadas: reforço ou desvirtuamento da prova por inspeção judicial?», nesta Revista, Ano 144.º (Maio-Junho 2015), pp. 330-340.

⁵⁰⁷ Por exemplo, a Lei n.º 23/2018, em matéria de direito à indemnização por infração ao direito da concorrência (nomeadamente artigos 12.º a 18.º)

⁵⁰⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 7/02/2019, Processo 3235/16.0T8PDL-b.l.1-6.

⁵⁰⁹ Cf. Acórdão do STJ, 11/07/2017, Processo 3397/14.1T8L.L3.E1.S1.

⁵¹⁰ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 9/11/2010, Processo 32/10.0TBMDA-A.C1.

⁵¹¹ Nos termos do n.º 1 do artigo 155.º, a audiência final de ações, incidentes e procedimentos cautelares é sempre gravada, bem como a gravação dos depoimentos prestados antecipadamente (artigos 294.º, n.º 2, e 422.º). Em matéria de depoimentos, assinala-se que aquilo que pode valer como prova é a gravação do depoimento, não a sua transcrição.

⁵¹² Sublinhe-se que esta distinção será também relevante para determinar o alcance da

natureza, não obstante ser assumida no segundo processo de forma documentada (relatório pericial)⁵¹³. Relativamente aos factos, representados documentalmente⁵¹⁴, será “prova pessoal”⁵¹⁵ na medida em que o elemento utilizado para criar a convicção do juiz sobre determinado facto é uma pessoa (o perito), que percecionou e valorou factos de acordo com os seus especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos.

Nesta perspetiva, numa ação de investigação da paternidade, não será

correto admitir o relatório do exame hematológico, realizado no âmbito de um processo de averiguação oficiosa da paternidade, sem contraditório, como *prova documental pré-constituída*⁵¹⁶. Tal tratamento processual contorna o regime do artigo 421.º, ao admitir, de forma encapuçada sob as vestes de documento, um exame pericial que não preenche os requisitos necessários à sua utilização noutro processo.

Ao invés, no Acórdão datado de 15 de junho 2020⁵¹⁷, o Tribunal da

expressão “documento”, constante da alínea c) do artigo 696.º, como fundamento do recurso extraordinário de revisão. Nesta medida, não subscrevemos o entendimento da Relação de Guimarães (Processo 1000/20.0T8VCT-A.G2, 27/01/2022) no sentido de considerar admissível um recurso de revisão, ao perspetivar um relatório do Instituto Nacional de Medicina Legal (com o resultado de exclusão do Autor da paternidade da Réu, na sequência de testes de ADN) como documento autêntico, com força suficiente para destruir a prova em que se fundou a sentença que declarou ser o Autor o progenitor da Réu. Isto é, o facto de o exame de ADN estar documentado, não lhe retira a natureza originária de perícia. Refere-se no Acórdão, acima referenciado, que à data em que a ação foi julgada — princípios dos anos 80 —, ainda não existiam exames de ADN, os quais apenas surgiram em meados da década de 90. Contudo, atualmente este dado não é suficiente para legitimar a sua utilização como fundamento do recurso extraordinário. Contudo, *de iure condendo*, é discutível a previsão de uma “relativização” do caso julgado em caso de superveniência de meios científicos fiáveis suficientes para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida. Vide, problematizando a admissibilidade de recurso de revisão à luz da referida alínea c) do artigo 696.º, no pressuposto de uma

classificação do “relatório pericial” como documento (em sentido amplo), Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família* (com a colaboração de Rui Moura Ramos), 2.ª ed, Almedina, 2022, pp. 448 a 450.

⁵¹³ Neste sentido, Paulo Osternack Amaral, *Provas: Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 100.

⁵¹⁴ Nada obsta, porém, que seja encarado como documento só para comprovar a realização, num determinado dia e hora, da realização da perícia. Luigi Paolo Comoglio (*Le prove civili*, 3.ª ed, Utet Giuridica, p.427) define documento como uma “*vox mortua*, duravelmente expressa em sinais/símbolos estáveis (..) válidos para descrever, representar ou tornar conhecido um facto ocorrido, ou a representar uma determinada manifestação de pensamento e vontade».

⁵¹⁵ Aludindo à distinção “provas pessoais” e “provas reais”, Antunes Varela/ M. Bezerra/ Sampaio e Nora, *Manual de processo Civil*, cit., pp. 442 e 443.

⁵¹⁶ Sujeitando-o à livre apreciação probatória do juiz, como documentos particulares que são, “consubstanciados” (*sic*) de exames e apreciações de cariz científico, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27/04/2005, Processo 05B1238.

⁵¹⁷ Cf. Processo n. 14954/17.4T8PRT-A.P1.

Relação do Porto, apreciando o requerimento de admissibilidade de uma transcrição e gravação em formato áudio de um depoimento testemunhal, enquadrando corretamente a questão ao perspetivá-la à luz, não da prova pré-constituída, mas do regime do valor extraprocessual de prova constituenda. Denunciou, em conformidade, a forma ínvia, mas ostensiva, utilizada por uma das partes, no sentido de fazer valer, como meio de prova (dos fundamentos de uma ação de responsabilidade civil) um depoimento produzido em outro processo perante réus diversos através do “invólucro material” de um documento escrito.

3. PARECERES TÉCNICOS E PERÍCIAS: A COMPLEXA COEXISTÊNCIA

Em matéria de valor extraprocessual da prova, o facto de o meio de prova transferido preservar a sua identidade originária, chamou-nos também a atenção para um Acórdão da Relação de Coimbra⁵¹⁸, de 13 de abril de 2021, em que se admitiu a junção, numa ação cível, de uma perícia produzida num processo de inquérito por falsificação de assinaturas. O problema consistiu no facto de os sujeitos que assumiram a posição de réus na ação cível não terem participado no processo de inquérito, não se preenchendo, deste modo, um dos requisitos do artigo 421.º atinente à exigência de que a prova só possa ser

invocada contra a parte que tenha tido a possibilidade de exercer o contraditório (no processo onde o meio de prova se formou).

A solução encontrada — para se “aproveitar” a perícia e contornar a falta do requisito de identidade de sujeitos — traduziu-se em lhe conferir a natureza de parecer técnico⁵¹⁹. Afirmou-se que “estes pareceres, embora relevantes para a descoberta da verdade, não podem ser avaliados como perícias, constituído antes prova documental”⁵²⁰.

No dito Acórdão consta o seguinte: “tratando-se de um relatório realizado pelo Laboratório de Polícia Científica, (...) contendo a opinião técnica de um especialista na matéria, terá de ter, pelo menos, o valor que é dado aos pareceres técnicos realizados fora do tribunal e a que as partes recorrem com frequência para reforçarem a sua posição (...)”. Confirmou-se, deste modo, entendimento do tribunal *a quo* no sentido de não a ter valorado enquanto prova pericial (à luz do n.º 1 do artigo 421.º) mas, tão só, enquanto “princípio de prova”, sujeito à livre apreciação do julgador.

No balanço entre a desconsideração total desse “relatório pericial” e o seu aproveitamento, o Tribunal optou por conferir à perícia o estatuto de um parecer técnico, imputando-lhe uma relevância probatória como “princípio de prova”.

⁵¹⁸ Cf. Processo n.º 44/18.6T8CRD.C1.

⁵¹⁹ Figura referenciada no artigo 426.º.

⁵²⁰ Cf. Acórdão da Relação de Coimbra de 13 de abril de 2021, *supra* referenciado.

A *atipicidade do procedimento* reside, aqui, na “transfiguração” de uma perícia em *parecer técnico*.

É incontornável que o aproveitamento desta fonte, num segundo processo de natureza distinta (civil), não encontra apoio no regime do artigo 421.º, por não estarem preenchidos os requisitos mínimos da eficácia extraprocessual da prova: a garantia de um contraditório efetivo ou potencial dos sujeitos que ora assumem a posição de réus no processo onde se formou a prova⁵²¹. A nossa lei não se basta com um *contraditório diferido* num segundo processo onde a prova se pretende aproveitar (por via de, por exemplo, um pedido de esclarecimento ao perito que elaborou o relatório ou a solicitação de uma segunda perícia)⁵²². O exercício do contraditório tem de ser exercitado tempestivamente e preventivamente na aquisição do material probatório⁵²³.

⁵²¹ este propósito, refira-se que a prova pericial, no contexto penal (artigos 151.º e ss do CPP), tem um regime que não é equivalente ao da produção da perícia em processo civil, nomeadamente quanto ao modo como é exercida a contraditoriedade pelo Ministério Público, pelo arguido, pelo assistente e partes civis. Esta é exercida através da designação de um consultor técnico, cujo acompanhamento da produção da perícia pode ser maior ou menor consoante o momento em que é designado (artigo 155.º do CPC). Vide, sobre o regime da prova pericial, Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, 2021, 3.ª ed, Almedina, p. 148.

⁵²² Perante a omissão de um princípio geral de eficácia extraprocessual da prova na lei processual civil italiana, Giuseppe Tarzia («Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile», *Rivista di Diritto Processuale*,

No entanto, por via da subsunção do “relatório” numa outra figura nominada no artigo 426.º, permitiu-se a sua entrada num processo diferente.

A menção aos pareceres técnicos remonta ao Código de Processo Civil de 1939. No artigo 550.º regulou-se o momento em que se deviam oferecer os documentos. Consagrou-se no parágrafo único que “não se consideram documentos os pareceres de advogados, professores ou técnicos, os quais podem ser juntos em qualquer estado do processo”.

José Alberto dos Reis relatou as discussões em torno deste parágrafo, evidenciando bem as dificuldades de enquadramento da figura e da fixação do seu valor⁵²⁴.

De qualquer modo, não foi intenção do legislador conferir-lhe — como assinalou José Alberto dos Reis — o *estatuto de meio de prova*⁵²⁵. A este propósito, defendeu que os pareceres

1984, pp. 634 a 658, sobretudo pp. 642 e 643)) insurge-se contra qualquer valorização de fontes atípicas de convencimento, assinalando que o contraditório deve ser garantido às partes na formação da prova.

⁵²³ Exigindo esse requisito na admissibilidade de prova atípica no contexto do sistema italiano, Luigi Paolo Comoglio, *Le prove civili*, cit., p.62.

⁵²⁴ Cf. *Código de Processo Civil Anotado*, IV, Reimpressão, Coimbra, 1987, pp. 22 a 30.

⁵²⁵ Numa outra perspetiva, a propósito da junção de pareceres técnicos aos autos, sustenta-se no Acórdão da Relação de Coimbra de 26/10/2021 (Processo 123/13.6TBFVN.C1) que «o princípio da audiência contraditória falha no caso do parecer técnico, daí a inferioridade da prova colhida extrajudicialmente, sem intervenção da parte contrária, pelo que os pareceres

técnicos são meras “peças escritas que se juntam ao processo para serem tomadas pelo tribunal na consideração que mereceram”, contribuindo para esclarecer o espírito do julgador⁵²⁶. Mas a história do preceito não corroborou este papel que lhe estava destinado, gerando uma *coabitação ambígua* de duas fontes probatórias funcionalmente equivalentes: a perícia e o parecer técnico⁵²⁷.

Atualmente não encontramos no Código um parágrafo equivalente àquele em que se prescrevia que os pareceres não configuravam, processualmente, documentos. De qualquer modo, a distinção entre as figuras (parecer e documento) perpassa os artigos 425.º e 426.º, sistematicamente inseridos no capítulo dedicado à prova documental. Na alínea e) do n.º 1 do artigo 652.º consta também a diferenciação entre “documentos” e “pareceres”. Destes

elementos devem retirar-se ilações no sentido de o parecer técnico não configurar, em si, prova documental *strictu sensu*. Na verdade, é indesmentível que o parecer técnico surge “documentado”, mas este registo escrito não altera a *natureza originária da atividade realizada pelo técnico*.

Quanto à problemática em torno do valor e repercussão dos pareceres técnicos⁵²⁸ num processo, parece-nos *realista* considerar que a sua junção ao processo não pode ser “irrelevante” e “inútil” à luz de um princípio *favor probationis*⁵²⁹. Não pode, porém, alicerçar, por si só, a demonstração de um facto com relevância técnica, mas apenas corroborar a existência deste. Ou seja, a formação extrajudicial — sem as garantias de contraditoriedade — determinará que valha apenas como “princípio de prova”⁵³⁰ não se coartando às partes o direito de

técnicos têm de ser colocados em plano inferior à perícia judicial, valendo apenas como depoimentos de testemunhas obtidos sem fiscalização da parte contrária».

⁵²⁶ Cf. *Código de Processo Civil Anotado*, IV, cit., anotação ao artigo 550.º, sobretudo pp. 22 a 24. Contudo, nesta obra, o Ilustre Processualista acaba por reconduzir os pareceres técnicos a documentos testemunhais com valor inferior aos laudos periciais, feitos em contexto judicial (cf. *ob.cit.*, pp. 29 e 30).

⁵²⁷ Vide, sobre esta figura, o nosso estudo, denunciando o facto de a apresentação de tais pareceres técnicos traduzirem uma imprópria prova documental, com o propósito de adquirir uma prova não documental, e atribuindo-lhes o valor de princípio de prova, «A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil», *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, 2013, pp. 1045-1067, sobretudo pp. 1061 a 1064.

⁵²⁸ Entendemos, no entanto, que não se devem equiparar os pareceres jurídicos aos técnicos. Aqueles são meras opiniões que visam esclarecer o juiz, destituídos de qualquer faceta probatória.

⁵²⁹ Em face do ordenamento argentino, Gabriel H. Quadri sufragava o aproveitamento de prova mesmo que não se observem todos os requisitos (nomeadamente o direito de defesa), sobretudo naqueles casos em que a prova seja irrepetível ou ocorra ratificação ou confirmação posterior (do conteúdo da prova transferida) pelo sujeito que nela participou como testemunha ou perito - cf., *La prueba en el proceso civil y comercial: Teoría general. Tipos de prueba. La prueba en los procesos en particular*, 1.ª ed, Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011, sobretudo pp 503 a 505.

⁵³⁰ João de Castro Mendes/ Miguel Teixeira de Sousa explicam que o princípio de prova não é suficiente para estabelecer, por si só, qualquer prova, mas pode coadjuvar, em conjugação

requerer uma perícia. Um entendimento a favor de imputação do mesmo valor probatório a este parecer daria azo a que se substituísse prova constituída por meios de prova formados sem a participação da parte contrária e o controle judicial⁵³¹.

Voltando ao caso do Aresto, assinalemos as particularidades da situação: estava em causa uma perícia realizada na fase do inquérito, embora

sem a participação do ora réu (e sem dados para aferir o exercício de contraditoriedade por parte de consultor técnico⁵³² nos termos do artigo 155.º do Código de Processo Penal⁵³³).

Apesar da proximidade funcional entre a perícia e os pareceres técnicos (*coexistência que merece ser*

com outros elementos, a prova de um facto (Cf. dos Autores, *Manual de Processo Civil*, Volume I, cit., p. 478). Esta figura do “princípio de prova” aproxima-nos do conceito usado pela doutrina italiana “argomenti di prova”(referido na 2.º parte do art. 116 CPCit: “ *Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell’articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo*”). Enrico Tullio Liebman admite que a expressão “*argomenti di prova*” causa perplexidade aos intérpretes, entendendo que a lei apenas visa dar a estes “elementi di convinzione” um valor complementar e subsidiário, não a encarando como prova suficiente (Cf. *Manuale diritto Processuale Civile*, II, Milano-Giuffrè, 4.ª ed., 1981, p.86). A propósito da valoração da conduta das partes como “argumento de prova”, Luigi Paolo Comoglio (*Le prove civili*, cit., p. 191) perspetiva-a como “fonte subsidiária e complementar de valoração de outros elementos de prova já adquiridos no processo. Vide, numa linha diversa, sufragando que o “argumento de prova” pode assumir uma eficácia consistente, referindo a idêntica estrutura ou de função às presunções simples, Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici-Notzioni generali*, Milano, Giuffrè: 1992, pp. 453 a 461.

⁵³¹ São adequadas e aplicáveis ao processo civil as considerações de Alberto de Medina Seïça quanto à admissibilidade de prova atípica em processo penal: «(...) está vedada ao intérprete a possibilidade de afastar as formas

probatórias consagradas pelo legislador sob o pretexto de estas formas não serem taxativas, qualificando como prova atípica admissível aquilo que não passa de um desvio legal ao modelo probatório previsto» - Cf. “Legalidade e reconhecimento «atípico» em processo penal: notas à margem da jurisprudência (quase) constante”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Org. Manuel da Costa Andrade/José de Faria Costa/Anabela Miranda Rodrigues/Maria João Antunes, Coimbra Editora, 2003, pp. 1387 a 1421, expressamente p.1411.

⁵³² Paulo Pinto de Albuquerque (*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed. Atualizada, Lisboa: Universidade Católica, 2001, artigo 155.º, anotação n.º 1) explica que «o consultor técnico é uma “pessoa da confiança” do sujeito processual que o designa, cuja função primordial é a de ser o primeiro garante da qualidade técnica do resultado da perícia, sem contudo se colocar numa posição de contra-perito».

⁵³³ Germano Marques da Silva afirma que «a formação dialéctica da prova, para funcionar como veículo eficaz de controle do conhecimento técnico, científico ou artístico introduzido no processo, não pode exaurir-se no contraditório sobre o relatório dos peritos», sublinhando que o direito à contraprova é muito importante, devendo haver cuidado na notificação da perícia para que o interessado possa atempadamente nomear consultar técnico (*Curso de Processo Penal*, II, 5.ª ed, Editorial Verbo, 2011, pp. 268 e 269).

repensada no futuro pelo legislador)⁵³⁴, a solução adotada no Acórdão poderá suscitar algumas dúvidas, pois “uma coisa é a admissibilidade de meios de prova não expressamente previstos (essas sim, provas atípicas *proprio sensu*), outra bem diferente é permitir desvios ao figurino probatório *expressis verbis* previsto pelo legislador para a aquisição irritual de meios tipificados de prova (....)”⁵³⁵. Por isso, o critério-regra, para admitir uma prova atípica, deverá passar pela falta de um meio probatório típico idóneo a atingir o mesmo resultado⁵³⁶.

Todavia, no caso em análise, a situação é peculiar, pois o nosso sistema não repudia a junção de pareceres técnicos, permitindo, deste modo, a coabitação legal de figuras, mas funcionalmente próximas. Por isso, parece-nos equilibrada a admissibilidade da perícia — *embora*

transmutada em parecer técnico — com um valor de princípio de prova. Este entendimento tem o mérito de não precluir a faculdade de ser requerida prova pericial no segundo processo, sem que esta solicitação revista a forma de uma “segunda perícia”.

Fora do campo de ação destes dois meios de prova, entre si com aparente “fungibilidade”⁵³⁷, o recurso à eficácia extraprocessual de prova (constituenda) deverá pressupor o preenchimento dos pressupostos do n.º 1 do artigo 421.º⁵³⁸.

Em síntese, o artigo 421.º pressupõe a transferência de prova entre processos, preservando-se tanto a sua natureza originária como o valor probatório (mas não o resultado)⁵³⁹, sendo requisito essencial que o meio de prova seja invocado perante um sujeito a quem foi permitido exercer o contraditório na produção da prova⁵⁴⁰.

⁵³⁴ Repare-se, por exemplo, que exames que envolvam conhecimentos médico-legais podem ser feitos no Instituto Nacional de Medicina Legal a pedido de um particular [cf. artigo 5.º, al. d), do Decreto-Lei n.º 11/98, de 24 de janeiro]. Nesta última hipótese nada obsta a que tal exame – feito em ambiente não judicial – possa ser invocado numa ação, suscitando-se, então, a questão do seu valor probatório.

⁵³⁵ Cf., fazendo esta distinção a propósito do princípio da legalidade da prova consagrado no artigo 125.º do Código de Processo Penal, Sandra Oliveira e Silva, «Legalidade da prova e provas proibidas», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, Outubro-Dezembro, 2011, pp. 545-591, expressamente p. 565.

⁵³⁶ Cf. Alberto Medina Seïça, Legalidade e reconhecimento «atípico» em processo penal: notas à margem da jurisprudência (quase) constante”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, cit., pp. 1411 e 1412.

⁵³⁷ Medina Seïça sustenta que não e deve admitir uma completa fungibilidade das formas probatórias, pelo que se for necessário um meio de prova, este não deve ser substituído por outro que não apresente a mesma garantia de fiabilidade ou capacidade de esclarecimento (*ob.cit.*, sobretudo pp. 1411 a 1413).

⁵³⁸ Que não se tenha extinto com fundamento numa decisão de absolvição do réu da instância com fundamento na ilegitimidade de uma das partes, falta de personalidade judiciária, incapacidade judiciária, incompetência absoluta, ineptidão (Cf. n.º 3 do artigo 279.º).

⁵³⁹ Não a influência que pode ter no processo, pois a convicção do tribunal forma-se em cada causa mediante a consideração de todas as provas produzidas.

⁵⁴⁰ Acrescente-se que a observância do requisito da audiência contraditória não nos parece tal fácil de imputar àqueles casos em que ocorreu revelia absoluta inoperante [artigo

4. A PROVA PRODUZIDA EM PROCEDIMENTOS CAUTELARES

Em matéria de procedimentos simplificados, com apreciação sumária, tal como sucede nos procedimentos cautelares, a aplicação do artigo 421.º não está liminarmente afastada. Ou seja, a prova produzida no contexto cautelar será suscetível de ser aproveitada na ação principal (ou noutra ação) respeitados determinados pressupostos entre os quais destacamos o da audiência contraditória⁵⁴¹.

Assim, por exemplo, o registo daquilo que a testemunha disse — que viu e ouviu — pode ser relevante tanto no procedimento cautelar como na ação principal, independentemente do

diverso grau de influência na formação da convicção do juiz quanto à realidade dos factos controvertidos em ambas as causas. O que se “empresta” é a atividade probatória não o resultado da sua apreciação.

O n.º 4 do artigo 364.º não contraria esta ideia, pois este número limita-se a prever que nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar têm qualquer influência no julgamento da ação principal⁵⁴².

A este propósito, é pertinente a distinção “transferência de factos provados” e “transferência de meios de prova”⁵⁴³, pois quando mencionamos a questão em torno da eficácia extraprocessual da prova, produzida em procedimento cautelar, cingimo-

568.º, al. b) a d)]. Nestas hipóteses, não havendo a certeza de que o réu teve conhecimento de que lhe foi movida uma causa (cf, porém, o controle da regularidade da citação previsto no artigo 566.º), não estará assegurada a contraditoriedade exigível na produção de prova (note-se ainda que o n.º 2 do artigo 415.º não acautela a notificação do réu revel para os atos de produção de prova). Neste sentido, a propósito do réu revel, Rui Pinto, «Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível. Algumas linhas gerais de solução», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Volume I, Coimbra Editora, 2013, pp. 1155-1196, p. 1186.

⁵⁴¹ Em matéria de confissão valerá o regime consagrado no n.º 3 do artigo 355.º do Código Civil.

⁵⁴² Em anotação ao artigo 421.º, Lebre de Freitas e Isabel Alexandre referem que não tem qualquer valor na ação principal o resultado probatório alcançado no procedimento cautelar (cf. *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 4.ª ed., 2019, Almedina, anotação ao artigo 421.º, p. 236).

⁵⁴³ De forma clara e inequívoca, afirmou-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Maio de 2005 (Processo n.º 05B691): «Não pode é confundir-se o valor extraprocessual das provas produzidas (que podem ser sempre objecto de apreciação noutro processo) com os factos que no primeiro foram tidos como assentes, já que estes fundamentos de facto não adquirem valor de caso julgado quando são autonomizados da respectiva decisão judicial (...)». *Vide*, criticando tanto o regime de aproveitamento dos factos apurados na sentença estrangeira (não reconhecida) como a admissibilidade da eficácia probatória da sentença penal nos termos consagrados nos artigos 623.º e 624.º, o nosso estudo, *A sentença entre a autoridade e a prova... cit.*, pp.125 a 150 e 210 a 227. Embora Rui Pinto sublinhe que não se importam factos provados, ressalva que as certidões de decisões anteriores, gozam de um valor de princípio de prova (Cf. «Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível. Algumas linhas gerais de solução», *cit.*, sobretudo pp. 1168 e 1169).

nos ao registo da atividade probatória e não à convicção judicial formada sobre a realidade de uma afirmação fundado nesse meio de prova. O *grau de cognição maior ou menor* — quanto ao mérito — *não acarreta automaticamente a impossibilidade de uma eficácia extraprocessual da prova.*

Como assinala Rita Lynce de Faria “a sumariedade pode ocorrer, por um lado, através da simplificação do *modus procedendi* ou, por outro lado, por meio da simplificação do tipo de cognição”, explicitando que, no domínio cautelar, a simplificação foi prosseguida através de duas vias descritas “a redução da dimensão estrutural do processo e a diminuição da intensidade de conhecimento”⁵⁴⁴.

No entanto, a sumariedade do procedimento e a apreciação perfunctória não afetam, *per se*, uma eventual eficácia da prova produzida ⁵⁴⁵, salvo se essa sumariedade envolver uma “simplificação” da prova ou acarretar a dispensa de audição prévia do requerido.

É incontestável que a sumariedade se repercute na produção de prova na medida em que se reduzem (em número) as testemunhas, mas já não interfere, em princípio, com a “qualidade” e “conteúdo” da prova produzida. Dizemos “em princípio” na

medida em que a simplificação pode ter repercussões na eficácia dos meios de prova num processo distinto. Assim, por exemplo, não será irrelevante a modalidade de perícia — perito único ou perícia colegial — adotada no processo primitivo. O que determinará que a perícia singular possa valer “menos” se o segundo processo para a qual é transferida admitir, em abstrato, uma perícia colegial. Ou seja, neste circunstancialismo, a perícia singular valerá como princípio de prova, carecendo o resultado probatório ser corroborado por outros meios de prova (cf. artigo 421.º, n.º 1, *in fine*).

Com base na destrição entre eficácia extraprocessual da prova e decisões sobre o mérito, revela-se pouco razoável a invocação do artigo 421.º no contexto do Acórdão da Relação de Lisboa, de 7/02/2019, pois discutia-se apenas uma pretensa eficácia extraprocessual da decisão cautelar (submetida sob a forma de articulado superveniente) numa ação principal. Não estando, por conseguinte, em jogo a transferência de prova de um processo para outro.

Embora se tivesse rejeitado (bem) o suposto “articulado superveniente” ⁵⁴⁶ (repita-se, como expediente para transferir uma decisão proferida num procedimento cautelar), afirmou-se, *a latere*, que a

⁵⁴⁴ Cf. *A tutela cautelar antecipatória no processo civil português: um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Portuguesa, 2016, pp. 184 e 185.

⁵⁴⁵ Cf., no sentido correto, António Santos Abrantes Gerales/ Paulo Pimenta/ Luís Filipe Pires de Sousa, *Código de Processo Civil*

Anotado, Volume I, 2020, 2.ª ed., Almedina, p. 443.

⁵⁴⁶ O expediente utilizado pela parte visava unicamente a transferência de factos provados do procedimento cautelar para a ação principal, através do subterfúgio da apresentação de um articulado superveniente.

circunstância de estarmos perante uma decisão cautelar afasta “a possibilidade de utilização extraprocessual das provas, dada a natureza perfunctória na análise do litígio e o carácter indiciário dos factos provados em sede cautelar, oferecendo assim, menores garantias que o processo comum”.

Ora, tal alusão ao regime do artigo 421.º surge-nos como inadequado, porquanto se discutia o intuito de uma das partes se fazer valer dos factos apurados no procedimento cautelar e não — como foi encarado — dos meios de prova aí formados.

De qualquer modo, num plano abstrato, saindo da esfera deste Acórdão, a admissibilidade de transferência da prova produzida em procedimento cautelar para uma outra ação (nomeadamente a ação principal) terá de ser rodeada de algumas cautelas, sobretudo pelas *especificidades procedimentais*. O respeito da audiência contraditória⁵⁴⁷ na constituição da prova é requisito

necessário para a aplicação do regime do artigo 421.º.

Quando a providência cautelar é decretada, *ex lege*⁵⁴⁸, sem audiência do requerido (ou esta for dispensada pelo facto de a sua efetivação pôr em risco sério o fim ou a eficácia da providência), a prova produzida nesta fase inicial não poderá ser aproveitada (noutra causa) ante a parte que não participou na sua formação⁵⁴⁹.

Isto é, a prova produzida de forma unilateral, *sem audiência do requerido*, não terá, por conseguinte, eficácia extraprocessual.

Ao invés aquela que for produzida no exercício do contraditório diferido merecerá tratamento diverso. A alínea b) do n.º 1 do artigo 372.º consagra, como forma de contraditório diferido, a dedução de oposição quando o requerido pretenda alegar factos ou produzir *meios de prova* não tidos em conta pelo tribunal e que possam afastar os fundamentos da providência ou determinem a sua redução⁵⁵⁰. Esta prova produzida nesta

⁵⁴⁷ No contexto das providências cautelares, a propósito do contraditório prévio, Marco Carvalho Gonçalves refere que o direito de o requerido oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário, o seu valor e resultado, insere-se no direito a um processo equitativo [Cf. *Providências Cautelares*, 4.ª ed (reimpressão), 2021, Almedina, expressamente p. 373].

⁵⁴⁸ Cf. artigos 393.º, n.º 1, e 378.º.

⁵⁴⁹ Lebre de Freitas e Isabel Alexandre explicitam que «a audiência do requerido não deve ter lugar quando, com ela, haja o risco de se frustrar o efeito **prático** que concretamente se pretende atingir, isto é, quando o **conhecimento** da pretensão cautelar pelo requerido ou a **demora** no deferimento da providência, resultante da observância da

contraditoriedade, aumente o perigo da lesão grave e de difícil reparação que a providência visa evitar» — Cf. *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, cit., anotação ao artigo 366.º, p. 29 (negrito dos Autores).

⁵⁵⁰ Para efeitos de delimitação do que sejam “novos” meios de prova, Lucinda Dias da Silva assinala que «se o requerido indicar como testemunhas os mesmos sujeitos que constam do rol apresentado pelo requerente, aquelas consubstanciarão um novo meio de prova quando, por exemplo, os factos sobre que agora sejam chamadas a depor forem diferentes daqueles sobre que incidiu o seu depoimento na fase unilateral» (cfr. *Processo Cautelar Comum — Princípio do contraditório e dispensa de audição prévia do requerido*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 269).

fase da oposição pressuporá a presença de ambos, sendo por isso suscetível de gozar de valor extraprocessual.

Em síntese, no âmbito dos procedimentos cautelares, *sem audiência prévia do requerido*, justifica-se, para efeitos de clareza, distinguir dois momentos: um antes do decretamento da providência, outro depois desta decisão.

No momento prévio ao decretamento, se o requerimento não for liminarmente indeferido, é designado dia para a produção de prova, a qual decorrerá *sem audiência do requerido*, seguindo-se as alegações orais e a decisão (cf. artigo 365.º, n.º 3)⁵⁵¹. Logo, nesta atividade probatória faltará o exercício de contraditoriedade por parte do requerido.

Após o decretamento da providência, se o requerido pretender deduzir oposição, ser-lhe-á facultado a possibilidade de produzir prova⁵⁵². Esta produção de prova já decorrerá, ao invés, em ambiente de contraditoriedade, facultando-se à parte contrária (requerente) a possibilidade de participar no processo formativo.

A este respeito, é pertinente invocar o Acórdão da Relação de Lisboa⁵⁵³, de 9/04/2013, no qual se ponderou, entre outros pontos, a *eficácia extraprocessual* de um *depoimento de parte* produzido na fase

subsequente à oposição ao decretamento do arresto. Apreciou-se em que medida as *declarações confessórias* produzidas pela Autora (ora requerente no arresto) podiam ser “transpostas” para a ação principal. No Arresto sustentou-se que o depoimento de parte, desatendido na ação principal, foi proferido “em sede de oposição deduzida posteriormente ao decretamento da providência, logo sem que a esse articulado tivesse sido possível (...) apresentar um qualquer outro articulado de resposta”.

Deste circunstancialismo, o Tribunal retirou a ilação de que este depoimento só poderia valer como “princípio de prova” à luz do regime plasmado atinente ao valor extraprocessual das provas (ao tempo artigo 522.º, com correspondência no atual artigo 421.º).

Quando se condiciona a eficácia extraprocessual das declarações confessórias à apresentação de um articulado (de resposta à oposição), quer-nos parecer que se *confundem os planos da prova e dos factos*. É preciso distinguir, por conseguinte, a *audiência contraditória na produção de prova* (nos termos previstos no artigo 415.º) do *exercício de resposta quanto à matéria de facto* e de direito alegada por uma das partes.

Em síntese, o aproveitamento dos meios de prova está dependente do acompanhamento, pela parte

⁵⁵¹ Nestes pressupostos, decidiu bem o Tribunal da Relação de Lisboa em 22/03/2018 (Processo 207/14.3TVLSB-2) ao rejeitar o aproveitamento de um depoimento por ter sido

produzido sem audiência contraditória do requerido nos termos do n.º 1 do artigo 393.º.

⁵⁵² Inclusive aqueles meios de prova que o juiz tenha recusado ao requerente.

⁵⁵³ Processo 5476/09.8TVL.SB.L1-1.

contrária da atividade probatória, *independentemente da reação desta aos articulados submetidos a juízo.*

Logo, entendemos que o caso em apreço — a eficácia extraprocessual de declarações confessórias produzidas no arresto — devia ter sido equacionado à luz do regime do n.º 3 do artigo 355.º do Código Civil. Determina este preceito que a confissão realizada em procedimento preliminar ou incidental vale como confissão judicial na ação correspondente atento o carácter instrumental daqueles procedimentos, “o que se compreende porquanto o feixe de interesses é comum e contínuo entre o procedimento incidental e a ação principal”⁵⁵⁴.

Por isso, a ponderação, por parte da instância superior, não justificava nem a alusão à falta de um articulado de resposta, nem a imputação do valor de princípio de prova das declarações confessórias (num paralelismo com o regime aplicável à prova produzida com garantias inferiores⁵⁵⁵).

5. A TRANSFERÊNCIA DE PROVA NÃO DOCUMENTAL

⁵⁵⁴ Cf. Luís Filipe Pires de Sousa, *Direito Probatório Material Comentado*, cit., p. 89.

⁵⁵⁵ Cf. artigo 421.º, n.º 1, *in fine*.

⁵⁵⁶ No Código de Processo Penal distinguem-se meios de prova e meios de obtenção de prova (Livro III, Título II, artigos 128.º a 170.º, e Título III, artigos 171.º a 190.º). Os exames estão regulados nos artigos 171.º a 173.º como meios de obtenção de prova.

⁵⁵⁷ Cf. sobre o exame de sangue, artigo 153.º do Código da Estrada e artigo 1º da Lei n.º 18/2007, de 17 de Maio (Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do

CONSTITUÍDA FORA DO PROCESSO: O CASO DOS EXAMES DE PESQUISA DE ÁLCOOL

Na prática, à luz do disposto na 1.ª parte da al. c) do n.º 1 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21/08, no âmbito do exercício do direito de regresso, por parte das empresas de seguros, contra o condutor, com fundamento na circunstância de este ter dado causa ao acidente e conduzir com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente admitida, tem-se colocado a questão de aproveitamento do resultado do exame de pesquisa de álcool constante do auto elaborado pelos agentes de autoridade.

A situação tem várias particularidades: por um lado, estamos na presença de um “exame” produzido fora de contexto judicial (documentado no auto de contraordenação) que consubstancia, numa ótica processual penal, um “meio de obtenção de prova”⁵⁵⁶; por outro lado a pesquisa de álcool deve ser realizada segundo um procedimento tipificado na lei⁵⁵⁷ num determinado espaço temporal sob pena de perecimento.

Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas). Este artigo 1.º do Regulamento estatui que a presença de álcool no sangue é indiciada por meio de teste no ar expirado, efetuado em analisador qualitativo (n.º 1); o n.º 2 prevê que a quantificação da taxa de álcool no sangue é feita por teste no ar expirado, efetuado em analisador quantitativo, ou por análise de sangue; e o n.º 3 determina que a análise de sangue é efetuada quando não for possível realizar o teste em analisador quantitativo. Para se recorrer a colheita de sangue, é necessário o consentimento do condutor, sendo este

Ao ser utilizada num processo, entrará sob a forma de prova “pré-constituída”⁵⁵⁸, com um carácter técnico ou pericial⁵⁵⁹.

No Acórdão⁵⁶⁰, de 11 de julho de 2017, o Supremo Tribunal de Justiça debruçou-se sobre o valor extraprocessual do resultado do exame de pesquisa de álcool no sangue numa ação de regresso intentada pela seguradora contra o condutor⁵⁶¹.

punido por crime de desobediência se se recusar a submeter a exame. Sónia Fidalgo que o método usado é mais invasivo que o atualmente utilizado para os exames de ADN, sendo justificado pelo interesse geral na segurança rodoviária e da defesa da vida embora não se acautele — na colheita de material biológico — a destruição de tais amostras após análise (cf. «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», *Revista Portuguesa de ciência Criminal*, Ano 16, n.º 1 (Janeiro-Março 2006), p. 115-148, sobretudo p. 131).

⁵⁵⁸ A classificação como “prova pericial pré-constituída” foi assumida pelo Tribunal Constitucional de Espanha chamado a pronunciar-se sobre os pressupostos de admissibilidade de um exame de pesquisa de álcool na sequência de interposição de um recurso relativo a uma condenação penal por delito contra a segurança no tráfico. Cf. Sentença 100/1985, de 3/10 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 265, 5/11/1985, pp. 4 a 6. Estava em discussão a alegação de uma violação do direito à presunção de inocência pelo facto de a pronúncia de uma condenação se ter baseado exclusivamente no índice de alcoolemia, sem terem sido respeitados regras fiáveis e adequadas à formação de material probatório. O Tribunal Constitucional sufragou que em tal espécie de atividade de investigação se “pré-constituía” uma prova, irrepetível posteriormente, à qual podia assinalar-se um carácter pericial *latu sensu*, com um valor probatório sempre que tivessem sido respeitadas determinadas garantias. No caso, entendeu-se que tinham sido

Na ação de regresso, para fazer prova do facto constitutivo do direito alegado, no que respeita à condução com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente admitida, foram juntos os exames realizados, através de analisador quantitativo, por agente de autoridade e que estiveram na base de instauração de processo de contraordenação. Em 2.ª instância, a Relação de Évora⁵⁶² tinha sustentado o

desrespeitadas as garantias, pelo facto de não se ter informado o interessado da possibilidade de solicitar uma segunda medição e uma análise do sangue. Afirma-se que «(...) la prueba de alcoholemia realizada infringió el derecho a la defensa del interesado, cuestión a la que hay que responder en sentido afirmativo, desde el momento en que ni siquiera fue informado por los agentes policiales de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrecía, de solicitar la práctica de una segunda medición y un análisis de sangre, deber que, ha de entenderse derivado del artículo 24.2 de la Constitución (...)» (cf. decisão citada, pp. 5 e 6).

⁵⁵⁹ Perante a distinção entre exames e perícias, constante no Código de Processo Penal, considerando a recolha de material biológico e sua análise, uma perícia, Sónia Fidalgo, estudo citado, pp. 138 e 139.

⁵⁶⁰ Acórdão proferido em 15/12/2017, Processo n.º 3397/14.1T8LLE.E1.S1.

⁵⁶¹ No âmbito do artigo 27.º, n.º 1, al. c), do DL n.º 291/2007, afirma-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9-04-2019 (Processo 1880/16.3T8BJA.E1.S2) que «a jurisprudência dominante vem entendendo que, à luz da nova formulação legal, para assegurar o seu direito de regresso, a seguradora apenas tem que provar que o condutor deu culposamente causa ao acidente e conduzia com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente permitida, ou seja, que era portador de um taxa de alcoolemia superior a 0,50».

⁵⁶² Acórdão da Relação de Évora proferido em 2016, Processo 3397/14.1T8LLE.E1.

não aproveitamento do exame de álcool, por invalidade, pelo facto de o exame inicial e a contraprova terem sido realizados no mesmo alcoolímetro⁵⁶³.

Argumentou que não se pode reconhecer valor extraprocessual ao exame porque este exige, além doutros requisitos, que sejam respeitados as garantias da formação da prova, pois só respeitadas estas se pode aquilatar se são inferiores os superiores às do processo em que se pretende fazer valer “(...)e não se vê como racionalmente se poderá expressar a convicção da prova dum facto, com recurso a uma prova cuja formação ocorreu com inobservância das formalidades legais (...)”⁵⁶⁴.

O n.º 1 do artigo 153.º do Código de Estrada, após prever que o exame de pesquisa de álcool no ar expirado é realizado por agente de autoridade mediante a utilização de aparelho

aprovado para o efeito, estabelece no seu n.º 2 (do mesmo artigo) que a autoridade *notifica* o resultado ao examinando bem como as sanções dele decorrentes e *de que pode, de imediato, requerer a realização de contraprova*⁵⁶⁵. A contraprova, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, pode ser realizada por um de dois meios, à escolha do examinando: através de novo exame ou análise de sangue.

Mas qual foi a lógica argumentativa do Supremo Tribunal de Justiça para divergir do sentido da decisão proferida em 2.ª instância?

Sufragou-se que os exames de pesquisa de álcool constituíam “prova pericial pré-constituída”⁵⁶⁶ a qual “foi ordenada em relação ao processo contraordenacional, “cuja decisão sancionatória o arguido, aqui R., se conformou, não a tendo impugnado judicialmente”.

⁵⁶³ A este propósito tem-se entendido, no âmbito da jurisprudência penal, que o novo exame não pode ser realizado no mesmo alcoolímetro sob pena de invalidade. No Acórdão da Relação de Évora, de 8/06/2010 (Processo 72/09.2GGABT.E1) afirma-se «a contraprova é um meio de defesa pelo qual o examinando pode *impugnar* o resultado apresentado pelo aparelho utilizado no primeiro teste qualitativo. A utilização do mesmo analisador na contraprova não daria quaisquer garantias contra a eventual falta de fiabilidade do aparelho, realidade que sustentará nuclearmente o juízo (implícito) de desconfiança do arguido». No mesmo sentido, no Acórdão da Relação de Coimbra, de 10/03/2010 (Processo 97/09.8GBTCS.C1) sustenta-se que o novo exame, tendo sido efetuado no mesmo analisador quantitativo, é prova inválida na medida em que não foi respeitado o direito à contraprova, não podendo por tal razão ser valorada.

⁵⁶⁴ No Acórdão da Relação assinalou-se que o registo do exame inicial foi uma TAS de 0,69 g/l e o registo da repetição foi uma TAS de 0,66 g/l a que corresponde, no dizer da decisão administrativa uma TAS de 0,61 g/l, sem que exista qualquer explicação nos autos para esta diferença de valores.

⁵⁶⁵ Com relevância criminal, o Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 485/2011) declarou com força obrigatória geral, «a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 153.º, n.º 6, do Código da Estrada, na redacção do Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro, na parte em que a contraprova respeita a crime de condução em estado de embriaguez e seja consubstanciada em exame de pesquisa de álcool no ar expirado, por violação do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição».

⁵⁶⁶ Vide nota 76.

Explicitou-se que “o carácter definitivo da decisão da autoridade administrativa preclui, desde logo, a possibilidade de reapreciação de tal facto como contraordenação (art. 79º, nº 1 do DL n.º 433/82, de 27 de Outubro)”, pelo que “[N]ão pode, a esta luz, negar-se ao documento pericial em causa valor extraprocessual, nos termos do nº 1 do art. 421º do CPC”.

Somos de parecer, com o devido respeito, que na fundamentação deste Acórdão do STJ surgem fundidos o *plano da obtenção da prova* com o da *decisão sancionatória*.

O artigo 421.º atua no *campo da produção da prova*.

A não impugnação da sanção não responde, por conseguinte, à questão da eficácia extraprocessual do resultado do exame de pesquisa de álcool (realizado por autoridade administrativa) numa ação cível. Isto é, o *resultado do exame* não pode confundir-se com o *resultado do processo contraordenacional*.

De facto, a conformação quanto à sanção não é suscetível de encobrir nem a eventual invalidade na formação do meio de prova (ou a falta de notificação para o exercício de

“contraprova”), nem condicionar a sua eficácia extraprocessual.

Nesta medida, se tiver sido facultado ao condutor o exercício do contraditório nas formas tipificadas e de forma válida, não se evidenciam obstáculos à utilização do exame de pesquisa de álcool noutro processo.

6. O APROVEITAMENTO DOS MEIOS DE PROVA PRODUZIDOS NA INSTRUÇÃO DA AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DA MATERNIDADE E PATERNIDADE

No domínio da antiga Organização Tutelar de Menores, na averiguação oficiosa de maternidade ou paternidade, a instrução dos processos incumbia ao Ministério Público, com o encargo de dar parecer sobre a viabilidade da ação de investigação de maternidade ou paternidade⁵⁶⁷. No caso de o tribunal concluir pela existência de provas seguras da viabilidade da ação de investigação, colocava-se a questão do aproveitamento dos meios de prova (produzidos na averiguação oficiosa) na ação de estado subsequente⁵⁶⁸.

Colocou-se ao tempo a questão de saber se o exame de sangue⁵⁶⁹,

⁵⁶⁷ Se o “processo” não terminar com um ato de perfilhação (cf., sobre os possíveis cursos da investigação, Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação*, Petrony Editora, 2019, pp. 178 a 180).

⁵⁶⁸ Rui Pinto sustentou que a transportabilidade da prova pressupõe que o processo de onde provem a prova há de ser jurisdicional (cf. «Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível. Algumas linhas gerais de solução», *cit.*, pp. 1187 e 1188).

⁵⁶⁹ Vide, explicando a evolução das provas científicas (nomeadamente das provas hematológicas aos testes de ADN), com relevância no estabelecimento da filiação, Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação*, *cit.*, pp.39 a 42. Note-se ainda que, como refere Guilherme de Oliveira, «até há pouco tempo, não faria sentido considerar as hipóteses de os exames científicos de filiação serem obtidos dentro de um processo ou fora de um processo judicial», no entanto com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 11/98, de

realizado enquanto diligência instrutória do processo tutelar cível, podia ser utilizado na ação de estado subsequente proposta pelo Ministério Público.

A este propósito, em comentário a um aresto, Carlos Lopes do Rego (..) ⁵⁷⁰ assinalou que “o princípio do contraditório mostra-se seriamente diminuído no processo tutelar cível, que não está constituído como verdadeiro processo de partes, sendo conduzido inquisitorialmente pelo curador, com efetiva diminuição de garantias de defesa do pretense pai (...)”. Invocou o facto de não existir audiência da parte contrária na produção de prova, a impossibilidade de intervenção de mandatários judiciais e a limitação da faculdade de recurso (respetivamente artigos 202.º, 203.º, n.º 2, e 206.º da Organização Tutelar de Menores).

Embora com a advertência de que se devia relegar, em regra, a realização do exame para a ação de estado, Lopes do Rego sufragou que,

em caso de tal não suceder, seria defensável uma interpretação restritiva do artigo 421.º, permitindo a sua utilização na ação de investigação, mas sujeitando-o a um contraditório diferido e “limitado”. Recorde-se que a lei processual (antes das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 321-A/95, 12 de dezembro) restringia as possibilidades de contraditório quando estivesse em causa uma prova pericial realizada em estabelecimentos oficiais (não admitindo, por exemplo, uma segunda perícia).

Neste sentido se pronunciou a Relação do Porto ⁵⁷¹, em Acórdão proferido em 18/05/1992, ao admitir, na ação de investigação da paternidade, o exame de sangue realizado no âmbito do processo tutelar cível, embora conferindo-lhe a natureza de *documento* ⁵⁷² e permitindo o contraditório em conformidade com o prescrito no artigo 601.º (relativo ao regime dos exames realizados em estabelecimentos oficiais) ⁵⁷³.

24 de janeiro veio permitir-se a realização de exames de filiação quer a pedido dos tribunais, quer feitos a pedido de um particular (Cf. *ob.cit.*, 42).

⁵⁷⁰ Cf. “Acção oficiosa de investigação da paternidade. Valor dos Exames de Sangue. «Excetio plurim»” (Comentário a Acórdãos) *Revista do Ministério Público*, Ano 12.º, N.º 45, pp. 105 a 126, expressamente pp. 124 a 127.

⁵⁷¹ Processo 9220144. Nesta linha de entendimento, Guilherme de Oliveira sustenta que não há obstáculos à eficácia extraprocessual dos exames periciais, submetendo-os ao regime da prova documental, e nessa medida permitindo o exercício do contraditório na ação de estado em torno da sua admissibilidade e força probatória, nomeadamente através do pedido

de um novo exame (cf. *Estabelecimento da Filiação*, *cit.*, p. 181).

⁵⁷² No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07/12/1994, Processo 085989, admitiu-se a utilização do relatório de exame ao sangue, realizado no processo tutelar cível de averiguação oficiosa, na ação de estado subsequente, «mas não no âmbito da prova pericial, e sim num contexto da mera prova documental, a avaliar livremente pelo Tribunal, como simples documento particular que é (...)», subsumindo o problema ao domínio das provas da prova pré-constituída e permitindo a impugnação nos termos da audiência contraditória arquitetada para esta espécie de prova.

⁵⁷³ No n.º 2 do artigo 601.º determinava-se que «o resultado do exame é expresso em relatório.

A incoerência desta solução radica na circunstância de lhe conferir natureza *documental*, mas permitindo o exercício de contraditório em termos previstos para a prova pericial realizada em estabelecimentos oficiais.

À luz do novo Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei nº 141/2015, de 8 de setembro, tais questões, em torno do aproveitamento da prova produzida na averiguação oficiosa, continuam a ser pertinentes, interesse potenciado tanto pela “desjudicialização” do procedimento⁵⁷⁴ como pela admissibilidade de transferência de prova da fase instrutória (da averiguação oficiosa) para a ação de investigação intentada pelo Ministério Público em representação do investigado nos termos consagrados expressamente no n.º 2 do artigo 62.º.

Nas situações em que não haja lugar à propositura da ação oficiosa de investigação pelo decurso do prazo a que alude a alínea b) do artigo 1809.º do Código Civil.⁵⁷⁵, tal preceito veio prever a legitimidade do Ministério Público para intentar a *ação de investigação, usando de todos os meios de prova já recolhidos na instrução do procedimento de averiguação oficiosa*.

Prima facie, a redação do n.º 2 do artigo 62.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível causa-nos alguma estranheza. No pressuposto de que decorridos dois anos sobre o nascimento, a lei civil proíbe a ação oficiosa da investigação a cargo do Ministério Público, o novo Regime Geral do Processo Tutelar Cível admite, *não obstante o decurso deste prazo, a propositura de uma ação de*

Junto o relatório ao processo, as partes são notificadas e podem reclamar dentro de cinco dias contra qualquer deficiência ou obscuridade, ou requerer, no prazo fixado pelo artigo 609.º, que o relatório seja submetido a revisão do Conselho Médico-Legal, devendo observar-se, na parte aplicável, em tudo que não vai especialmente determinado, as disposições relativas a exames médico-forenses em processo penal». Por força da redação dada pelo Decreto-Lei n.º 321-A/95 foi suprimido o n.º 3 do artigo 609.º que negava a possibilidade de segundo exame quando o primeiro tivesse sido feito por estabelecimento oficial.

⁵⁷⁴ Com a entrada em vigor da Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, a instrução e a decisão das averiguações oficiais passaram a ser da competência exclusiva do Ministério Público. Tomé d’Almeida Ramião destaca esta desjudicialização, sustentando que terá de entender-se terem sido revogados tacitamente as normas do Código Civil na parte em que dispõem em sentido oposto aos artigos artigo

1808.º, n.ºs 2 e 4 e artigo 1865.º, n.ºs 1, 4 e 5 (*Regime geral do processo tutelar cível anotado e comentado*, Quid Iuris, 4.ª ed., 2020, sobretudo pp. 247 a 249). *Vide*, no mesmo sentido, evidenciando a natureza instrumental da averiguação oficiosa, Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família*, cit., p. 498.

⁵⁷⁵ Rossana Martingo Cruz chama a atenção para o facto de o legislador no n.º 2 do artigo 62.º só fazer referência ao artigo 1809.º do CC, mas entende que se deve considerar o regime aplicável à averiguação oficiosa da paternidade pois assim o impõe a unidade do sistema jurídico e a identidade de interesses em causa (“Artigo 62.º”, in Cristina M. Araújo Dias/ Rossana Martingo Cruz, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado*, Coimbra: Almedina 2021, p.504). Sustenta que nesta hipótese o Ministério Público, quando propõe a ação de investigação, já estará em representação da criança «estando em causa o interesse desta e não o interesse público associado à averiguação oficiosa» (*ibidem*).

investigação pelo Ministério Público noutra qualidade (como representante e já não como autor). Isto é, “o ministério público perde a faculdade de intentar a ação de investigação que resulta da sua competência oficiosa, mas não está impedido de representar a criança nos termos da sua **competência geral para representação dos incapazes**”⁵⁷⁶.

A hipótese parece pressupor que, durante os dois anos após o nascimento do investigado, o Ministério Público terá recolhido elementos probatórios para aferir a viabilidade de uma ação (oficiosa) de investigação, mas sem a ter proposto. Independentemente das razões para essa “omissão” ou “passividade”, o Ministério Público é brindado com uma nova “extensão temporal” para propor uma ação de investigação sob nova “camuflagem”. Isto é, despe as “vestes” de autor (da investigação oficiosa na sequência do juízo de viabilidade) para vestir as de mero representante da criança.

Apesar de, não obstante ser louvável a prossecução do interesse público da descoberta da verdade biológica por parte do Ministério Público, a sua inércia, nos dois anos a contar do nascimento, foi tornada irrelevante, a partir do momento em que ao prazo de dois anos [previsto as

alíneas b) dos artigos 1809.º e 1866.º] se sucede o prazo do artigo 1817.º do Código Civil para propor a ação de investigação em nome do investigado!

Contudo, ressaltando estas notas críticas, queremos agora destacar o *regime excecional* de aproveitamento dos meios de prova obtidos na fase de instrução (da averiguação oficiosa) ao arrepio dos pressupostos do artigo 421.º⁵⁷⁷ e da *ratio* do artigo 1811.º do Código Civil.

Relativamente às declarações prestados pelos progenitores durante a averiguação oficiosa, estatui o artigo 1811.º do Código Civil (aplicável à investigação da paternidade *ex vi* artigo 1868.º Código Civil) que estas declarações não constituem presunção de paternidade ou de maternidade, nem princípio de prova. Guilherme de Oliveira explica que esta prescrição tomou em consideração “o carácter “administrativo” da instrução, que pode levar os interessados a fazer informações mais levianas do que aquelas que fariam no curso de uma verdadeira ação judicial”, pois nesta ação “sofrem o teste que resulta de um contraditório instalado que seria capaz de eliminar as afirmações menos consistentes (...)”⁵⁷⁸

É incontornável que esta “transferência de meios de prova” da instrução (da averiguação oficiosa)

⁵⁷⁶ Vide, aludindo ao artigo 4.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 68/2019, 27 de agosto (Estatuto do Ministério Público). Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família*, cit., p. 501 (negrito do Autor).

⁵⁷⁷ Em comentário ao artigo 421.º, Rui Pinto considera que, para efeitos de transporte de prova e um processo para outro, é pressuposto

implícito, mas de grande importância, a natureza jurisdicional do processo de onde provêm os depoimentos e perícias (*Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, cit., anotação artigo 421.º, ponto 7, p. 638).

⁵⁷⁸ Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação*, cit., pp. 180 e 181.

para a ação de investigação funda-se num pura lógica economicista: se o Ministério Público recolheu meios de prova e já decorreram os prazos de dois anos a contar do nascimento da criança para desencadear a ação de investigação oficiosa, não lhe deve ser vedada a propositura de uma ação de investigação em nome do filho ⁵⁷⁹ alicerçada nos elementos probatórios já produzidos.

Contudo, a disciplina probatória não se reconduz a meras formalidades, pois “todas as regras que condicionam o procedimento probatório constituem regras legais de prova, embora o seu fundamento não se circunscreva a um parâmetro unívoco — elas decorrem quer de exigências de carácter político (ou substancial) de salvaguarda de concretos direitos (sobretudo, de raiz constitucional), quer de razões epistemológicas (ou processuais) (...)”.⁵⁸⁰

Será que estes cânones estão respeitados quando se aproveitam meios de prova que, embora funcionalmente correspondentes àqueles produzidos na ação de investigação, não seguem os princípios informadores do procedimento probatório?

Quer-nos parecer que sejam quais forem os fins que presidem à

admissibilidade da atuação do Ministério Público — em papéis diferentes com idêntico objetivo de estabelecer o laço de filiação — não se deverá considerar legitimada, sem critérios ou filtros, a utilização de meios de provas (sejam depoimentos ou exames periciais) formados em ambiente não contraditório.

OBSERVAÇÕES FINAIS

A aplicação jurisprudencial do princípio da eficácia extraprocessual das provas, consagrado no artigo 421.º, não se tem caracterizado por parâmetros uniformes, sobretudo quando está em causa o aproveitamento de prova produzida em processos de natureza diferente e com distintas regras procedimentais.

A concretização do princípio assenta no pressuposto de que a prova transferida não perde a sua identidade originária (de depoimento, verificação não judicial qualificada ou de perícia), seja qual a forma (escrita ou gravada) como é apresentada no novo processo. Em conformidade, os Tribunais têm estado atentos à introdução de meios de prova que nasceram como depoimentos ou perícias, mas são apresentados num novo processo, de forma camuflada, com as vestes de

⁵⁷⁹ Uma questão — que aqui não desenvolvemos suscitada por este regime tutelar cível diz respeito à força de caso julgado da decisão de improcedência emergente da ação de investigação intentada pelo representante do Ministério Público. As razões que justificam o conteúdo do artigo 1813.º do Código Civil aplicar-se-ão a esta ação de investigação em que o curador é mero representante? Por um lado, propendemos

para uma resposta negativa (pois as garantias que asseguram a imputação de força de caso julgado à decisão de improcedência estarão verificadas), mas, por outro lado, não podemos ignorar que o Ministério Público, embora com estatuto diverso, far-se-á valer das “mesmas” provas em ambas as ações.

⁵⁸⁰ Cf. Medina Seiya, *ob.cit.*, p. 1403 (itálico do Autor).

“documento”, para efeitos de contornar os requisitos do artigo 421.º.

A falta de clareza na regulamentação de algumas figuras probatórias merece ser (re)ponderada atendendo às repercussões na circulação de prova entre processos. Referimo-nos à convivência, no nosso sistema, de meios de prova com funções aparentemente equivalentes: perícia e parecer técnico. Estes pareceres técnicos nascem fora do processo, com um conteúdo técnico ou científico, mas “entram” nos processos sob a forma documental, escapando ao crivo do artigo 421.º.

Assente que o valor extraprocessual da prova não envolve a transferência do resultado da apreciação judicial da prova (mas sim do meio de prova gravado ou registado *per se*), torna-se claro que o n.º 4 do artigo 364.º não tem virtudes para nos elucidar sobre a possibilidade de a prova, produzida no contexto de um procedimento cautelar, ser aproveitada noutro processo.

No campo dos procedimentos cautelares, a distinção entre o plano do mérito e da prova permite-nos inferir que o grau de cognição, maior ou menor, quanto ao mérito não determina automaticamente a ineficácia extraprocessual da prova. Independentemente da fase do procedimento cautelar (antes ou depois da providência ter sido decretada), se for permitido à parte controlar e interferir no processo de formação da prova requerida pela parte contrária, estes elementos probatórios têm a potencialidade de serem aproveitados noutra ação (sem prejuízo

de, em algumas circunstâncias referidas no n.º 1 do artigo 421.º, valerem apenas princípio de prova).

No domínio da averiguação oficiosa da maternidade e paternidade, a falta de contraditoriedade na produção de prova legítima que nos questionemos sobre a razoabilidade do conteúdo do n.º 2 do artigo 62.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível. Em aparente colisão com a diretriz que emana do artigo 1811.º do Código Civil, este preceito admite que os meios de prova, recolhidos na fase instrutória (desjudicializada) da averiguação oficiosa da paternidade e da maternidade, possam ser aproveitados na ação de estado subsequente (desencadeada pelo Ministério Público). As questões que se levantaram na Jurisprudência, à luz da Organização Tutelar de Menores, acima referenciadas, em torno do valor extraprocessual dos meios de prova — nomeadamente do exame de sangue — continuam, por isso, atuais.

Em suma, dir-se-á que, não obstante as vantagens do aproveitamento da prova, emergente de processo alheio, é preciso resistir à aclamação de um princípio de irreversibilidade das aquisições probatórias, alegadamente em nome do *favor probationis*, sem o filtro da audiência contraditória na sua formação.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de.
Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da

- Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed. Atualizada, Lisboa: Universidade Católica, 2001, artigo 155.^o, anotação n.^o 1.
- ALEXANDRE, Isabel. “A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013”, *Revista do Ministério Público*, Abril-Junho 2013, Ano 34.
- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*, 2021, 3.^a ed, Almedina, p. 148.
- BENTHAM, Jeremy. *Treatise on Judicial Evidence*, tradução inglesa: J.W. Paget, 1825
- CAPELO, Maria José. “Principais Novidades sobre Provas no Novo Código de Processo Civil Português”, in *Processo Civil Comparado: Análise entre Brasil e Portugal*, Org. João Calvão da Silva, Leonardo Carneiro da Cunha, Maria José Capelo e Osvir Guimarães Thomaz, São Paulo: Forense, 2017, pp. 183 a 210.
- CAPELO, Maria José. *A sentença entre a autoridade e a prova: em busca de traços distintivos do caso julgado civil*, Almedina, 2016 (reimpressão).
- CARMO, Rui do. “As declarações como testemunhas — aplicar e clarificar a lei (As declarações únicas da criança; o Estatuto de Vítima; Recusa a Depor)”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2.^o Semestre 2016, Número 2, p. 100.
- CHABY, Estrela “O depoimento de parte em processo civil”, Coimbra Editora, 2014.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. “Le prove civile”, 3.^a ed, Utet Giuridica”.
- DIAS, Cristina M. Araújo / CRUZ, Rossana Martingo. *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado*, Coimbra: Almedina 2021.
- FARIA, Rytá Lynce de. *A tutela cautelar antecipatória no processo civil português: um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Portuguesa, 2016.
- FIDALGO, Sónia. “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, *Revista Portuguesa de ciência Criminal*, Ano 16, n.^o 1 (Janeiro-Março 2006), p. 115-148, sobretudo p. 131).
- FREITAS, José Lebre de. “A ação declarativa comum à luz do Código de Processo Civil de 2013”, 4.^a ed, Gestlegal.
- FREITAS, Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.^o, 4.^a ed., 2019, Almedina.
- GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, 2020, 2.^a ed., Almedina.
- GODINHO, Inês Fernandes. “To be or not to be: Empréstimo de prova, circulação de prova e verdade em processo penal”, *Revista do Ministério Público*, Ano 42, n.^o 168 (Outubro/Dezembro 2021), p. 121-145.

- GONÇALVES, Carvalho. *Providências Cautelares*, 4.^a ed (reimpressão), 2021, Almedina.
- GRAZIOSI, Andrea. “Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile”, *Riv.Trim.Proc.Civ.* (2011), pp. 694 a 724.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale diritto Processuale Civile*, II, Milano-Giuffrè, 4.^a ed., 1981.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, Coord. António do Passo Cabral/Ronaldo Kramer.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova e Convicção de acordo com o CPC de 2015*, 3.^a ed, Editora Revista dos Tribunais, pp. 609 e 611.
- MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira. *Manual de Processo Civil*, Volume I, Lisboa: AAFDL Editora, 2022.
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Estabelecimento da Filiação*, Petrony Editora, 2019.
- OLIVEIRA, Guilherme. *Manual de Direito da Família* (com a colaboração de Rui Moura Ramos), 2.^a ed, Almedina, 2022.
- PINTO, Rui. “Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível. Algumas linhas gerais de solução”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Volume I, Coimbra Editora, 2013, pp. 1155-1196.
- PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, Almedina, 2018, anotação ao artigo 421.^o, ponto 4. I., pp. 635 e 636).
- QUADRI, Gabriel H. *La prueba en el proceso civil y comercial: Teoría general. Tipos de prueba. La prueba en los procesos en particular*, 1.^a ed, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.
- RAMIÃO, Tomé d’Almeida. *Regime geral do processo tutelar cível anotado e comentado*, Quid Iuris, 4.^a ed., 2020.
- REGO, Carlos Lopes do. “Acção oficiosa de investigação da paternidade. Valor dos Exames de Sangue. “Excetio plurim”” (Comentário a Acórdãos) *Revista do Ministério Público*, Ano 12.^o, N.^o 45, pp. 105 a 126,
- REIS, José Alberto dos. “A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, 2013, pp. 1045-1067, sobretudo pp. 1061 a 1064.
- REIS, José Alberto dos. *Código de processo Civil anotado*, Volume III, 4.^a ed, Coimbra.
- RICCI, Gian Franco. “Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale”, *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* Ano 56, N.^o 2 (2002), pp. 409 a 452,
- SEIÇA, Alberto de Medina. “Legalidade e reconhecimento “atípico” em processo penal: notas à margem da jurisprudência (quase) constante”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Org. Manuel da Costa Andrade/José de Faria Costa/Anabela Miranda

- Rodrigues/Maria João Antunes, Coimbra Editora, 2003, pp. 1387 a 1421, expressamente p.1411.
- SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*, II, 5.^a ed, Editorial Verbo, 2011.
- SILVA, Lucinda Dias da. *Processo Cautelar Comum — Princípio do contraditório e dispensa de audiência prévia do requerido*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- SILVA, Sandra Oliveira e, “Legalidade da prova e provas proibidas”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, Outubro-Dezembro, 2011, pp. 545-591.
- SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Direito Probatório Material Comentado*, Almedina, 2020.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridi-Notioni generali*, Milano, Giuffrè: 1992.
- TARZIA, Giuseppe, “Problemi del contraddittorio nell’istruzione probatória civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1984, pp. 634 a 658,
- TARZIA, Giuseppe. “Problemi del contraddittorio nell’istruzione probatória civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1984, pp. 634 a 658.
- VANZ, Maria Cristina. *La circolazione della prova nei processi civile*, Giuffrè Editora, 2008.
- VARELA, Antunes; BEZERRA, J. M.; SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.^a ed, Coimbra Editora, 1985.

A (IR)REVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS NOS PROCESSOS PREVIDENCIÁRIOS: A APLICAÇÃO DO TEMA N. 692 DO STJ NOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.⁵⁸¹

***THE (IR)REVERSIBILITY OF THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN SOCIAL
SECURITY PROCEEDINGS: THE APPLICATION OF TOPIC NO. 692 FROM THE STJ
IN THE JUDGMENTS OF THE COURT OF JUSTICE OF THE STATE OF SÃO PAULO.***

Mônica Mota Tassigny

Mestrado e Doutorado em Educação pela Universidade Federal do Ceará (UFC/CE). Doutorado sanduíche na Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales (E. H. E. S. S/ Paris) e Pós Doutora pela Faculté de Droit et Sciences Politiques / Aix-Marseille Université (France) no Instituto Louis Favoreau (GERJC). Fortaleza, Ceará, Brasil. Professora Titular do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD/UNIFOR). E-mail: monica.tass@gmail.com.

Paula Valverde Santos

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (PPGD/UNIFOR). Fortaleza, Ceará, Brasil. E-mail: paulavalverde.st@gmail.com

Paulo Henrique Lima Soares

Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (PPGD/UNIFOR). Especialista em Direito Processual Civil pela Escola da Magistratura do Ceará – ESMEC. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Fortaleza, Ceará, Brasil. E-mail: paulohenriquelimasoares@gmail.com

RESUMO: O CPC/2015 estabelece, como regra, a responsabilidade objetiva da parte beneficiada por tutela provisória de urgência, impondo-lhe o dever de indenizar ou restituir valores à parte prejudicada, caso a medida seja revertida pela decisão final. Entretanto, a devolução de benefícios previdenciários recebidos mediante tutela antecipada posteriormente

revogada tem gerado controvérsias jurisprudenciais, inclusive no âmbito do STJ e do STF. Este artigo busca responder ao seguinte problema de pesquisa: em que medida o TJSP reconhece a reversibilidade dos efeitos das decisões judiciais nos processos previdenciários, mediante a aplicação do tema n. 692 do STJ nos seus acórdãos? O objetivo geral é analisar o

⁵⁸¹ Artigo recebido em 06/06/2024 e aprovado em 22/07/2025.

entendimento do TJSP sobre a reversibilidade ou irreversibilidade dos efeitos de tais decisões. Para tanto, o artigo examina a relação entre tutela antecipada e reversibilidade das decisões judiciais nos processos previdenciários, o posicionamento do STJ e do STF sobre o tema, e a jurisprudência do TJSP acerca da questão. Metodologicamente, a pesquisa classifica-se como documental e bibliográfica, fundamentada na Metodologia de Análise de Decisões, com abordagem quantitativa e qualitativa. Os resultados indicam que, conquanto nos exames primários de recursos de apelação prepondere a repetibilidade dos valores percebidos por tutela antecipada posteriormente reformada, há uma predominância da irrepetibilidade na Corte Paulista, quando considerados também os acórdãos reapreciados em sede de juízo de conformidade. Por órgão fracionário, constata-se que a 16ª Câmara de Direito Público decidiu majoritariamente pela irrepetibilidade, enquanto a 17ª Câmara de Direito Público aplicou de forma unânime a tese da repetibilidade com base no tema n. 692 do STJ. Conclui-se que essa dissonância interna compromete a coerência e integridade da jurisprudência do TJSP, contrariando ao art. 926 do CPC/2015, e afrontando o sistema de precedentes disposto no art. 927, III, do referido código, causando insegurança jurídica e imprevisibilidade para os jurisdicionados e descredibilidade para o Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: repetibilidade; benefícios previdenciários; tutela antecipada; reforma; TJSP.

ABSTRACT: The 2015 Brazilian Code of Civil Procedure (CPC/2015) establishes, as a general rule, the strict liability of the benefited party from a provisional urgent relief, imposing on them the duty to compensate or return amounts to the harmed party if the measure is overturned by the final decision. However, the restitution of social security benefits received by means of a preliminary injunction later revoked has given rise to jurisprudential controversies, including within the STJ (Superior Court of Justice) and the STF (Federal Supreme Court). This article seeks to address the following research question: to what extent does the São Paulo State Court of Justice (TJSP) recognize the reversibility of the effects of judicial decisions in social security proceedings, through the application of Theme No. 692 of the STJ in its rulings? The general objective is to analyze the TJSP's understanding of the reversibility or irreversibility of the effects of such decisions. To this end, the article examines the relationship between preliminary injunctions and the reversibility of judicial decisions in social security cases, the positions of the STJ and STF on the matter, and the TJSP's case law on the issue. Methodologically, the research is classified as both documentary and bibliographical, based on the Decision Analysis Methodology, with a quantitative and qualitative approach. The results indicate that, although the initial review of appeals tends to favor

the repeatability of amounts received through preliminary injunctions subsequently overturned, there is a predominance of irrepeatability within the São Paulo Court when considering rulings re-evaluated through compliance review. By judging panel, it is observed that the 16th Chamber of Public Law mostly ruled in favor of irrepeatability, while the 17th Chamber of Public Law unanimously applied the thesis of repeatability based on STJ's Theme No. 692. It is concluded that this internal dissonance undermines the coherence and integrity of the TJSP's jurisprudence, in violation of Article 926 of the CPC/2015, and infringes upon the precedent system established in Article 927, III, of the same code, resulting in legal uncertainty and unpredictability for litigants and a loss of credibility for the Judiciary.

KEYWORDS: repetition; social security benefits; provisional relief; remodeling; TJSP.

INTRODUÇÃO

Com o intuito de assegurar a satisfatividade da prestação jurisdicional, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), após a alteração promovida pela Lei n. 8.952/1994, e, posteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), possibilitaram a antecipação da tutela requerida na petição inicial, condicionando-a, contudo, à observância a determinados requisitos, dentre os quais, a reversibilidade dos efeitos da

decisão judicial que concede a tutela.

No âmbito dos processos previdenciários, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou seu entendimento sobre a matéria em 2014, ao estabelecer, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, a tese consubstanciada no tema n. 692, posteriormente ratificada com ajustes pontuais em 2022 e 2024. Segundo esse posicionamento, em caso de reforma da decisão que concedeu a tutela antecipada, compete ao autor restituir os valores recebidos indevidamente a título de benefícios previdenciários durante a vigência da decisão concessiva superada.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), embora tenha reconhecido sua incompetência para tratar sobre o assunto, por considerá-lo infraconstitucional, conforme resultado da rejeição de julgamento do tema n. 799, proferiu uma decisão ulterior alinhada com sua jurisprudência reiterada anterior, em que, em contraposição ao STJ, reconheceu a irrepetibilidade dos valores recebidos a título de benefícios previdenciários de boa-fé, fundamentando-se no caráter alimentar dessas prestações.

Essa divergência de entendimento entre os referidos Tribunais Superiores gerou incertezas quanto à aplicabilidade do tema n. 692 do STJ e resultou em insegurança jurídica sobre o assunto, uma vez que as Cortes pátrias têm decidido distintamente, ora seguindo a linha esposada pelo STJ, ora a do STF. Dentre essas Cortes, destaca-se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP),

escolhido como recorte espacial por atender aos critérios de pertinência temática e de relevância decisória, bem como por ser a corte de segunda instância de maior porte no país entre os tribunais estaduais e federais, concentrando 6.863.658 dos casos novos ajuizados em 2023 e 24.287.179 dos pendentes⁵⁸², contendo, pois, um importante número de amostras, o que afasta o viés de seleção.

Diante do exposto, o presente artigo busca responder ao seguinte problema de pesquisa: em que medida TJSP reconhece a reversibilidade dos efeitos das decisões judiciais proferidas nas ações previdenciárias sob sua jurisdição, mediante a aplicação do tema n. 692 do STJ em seus acórdãos?

Este artigo é relevante, em termos teóricos, por contribuir para a literatura jurídica sobre a reversibilidade dos efeitos das decisões judiciais nos processos previdenciários processados e julgados pelo TJSP, e, em termos práticos, por possibilitar que os jurisdicionados, os magistrados e os operadores do Direito conheçam o comportamento decisório dessa Corte acerca da questão e possam, a partir disso, balizar seus comportamentos.

Esta pesquisa tem como objetivo geral identificar em que medida o TJSP reconhece a reversibilidade dos efeitos das decisões judiciais prolatadas nos processos previdenciários de sua

competência, por meio da aplicação do tema n. 692 do STJ nos seus acórdãos. Para atender ao referido objetivo, o trabalho adota como objetivos específicos: a) analisar o conceito e os pressupostos da tutela provisória de urgência de natureza antecipatória no processo civil brasileiro, com maior atenção aos processos previdenciários, bem como o tratamento normativo conferido ao tema da (i)rreversibilidade dos efeitos decorrentes dessa modalidade de tutela; b) investigar o entendimento adotado pelo STJ e pelo STF quanto à (i)rreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada em ações previdenciárias e; c) examinar o modo como o TJSP tem se posicionado sobre a reversibilidade ou não dos efeitos das decisões judiciais proferidas em demandas previdenciárias, mediante a aplicação do tema n. 692 do STJ em seus acórdãos.

Metodologicamente, esta pesquisa classifica-se como documental e bibliográfica, com enfoque na Metodologia de Análise de Decisões (MAD), adotando uma abordagem mista, de natureza quantitativa e qualitativa, voltada à análise tanto de dados numéricos quanto de aspectos não numéricos.

A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de buscas nas bases de dados da Biblioteca Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD), Capes, Ebsco, Google Scholar, Redalyc, RT online, Scielo, Scopus e Vlex, mediante

⁵⁸² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2024*. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024-v-28-05-2024.pdf)

[content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024-v-28-05-2024.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024-v-28-05-2024.pdf). Acesso em: 06 abr. 2025.

o uso dos operadores booleanos “AND” e “OR” para agregar as seguintes palavras-chave, em diferentes combinações: “tutela antecipada”, “revogação” “benefício previdenciário”, “reversibilidade das decisões judiciais” e “tema n. 692/STJ”.

A seleção das fontes documentais abordadas no estudo ocorreu por meio de consulta jurisprudencial no sítio eletrônico do TJSP, mediante consulta dos termos “reforma”, “decisão”, “antecipa”, “tutela” e “devolver”, unidos pelo operador booleano “AND”, com a delimitação da origem para “2º grau”, de assunto para “Direito Previdenciário”, de classe para “Apelação Cível” e restrição temporal de publicação entre 13/10/2015 e 03/12/2018 e entre 24/05/2022 e 23/05/2024.

O recorte temporal adotado justifica-se por contemplar a publicação do acórdão que originou o tema n. 692 em sua redação original, em 13/10/2015, até a decisão na questão de ordem da Pet. 12482/DF, afetada em 03/12/2018, que resultou na suspensão nacional das causas pendentes. Além disso, inclui os dois anos subsequentes à decisão confirmatória publicada em 24/05/2022, tendo como termo final a data da coleta de dados.

Para a análise dos casos selecionados, adota-se a MAD, metodologia desenvolvida por Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima para viabilizar a elaboração de estudos teóricos no campo jurídico, a partir de uma abordagem complementar de dados compilados de um conjunto de

decisões que refletem o entendimento de um determinado tribunal sobre um assunto jurídico específico.

Estruturalmente, o trabalho está organizado em três seções principais. Na primeira delas, analisa o conceito e os pressupostos da tutela provisória de urgência de natureza antecipatória no processo civil brasileiro, com ênfase nas ações previdenciárias, bem como o tratamento legal conferido ao tema da (i)reversibilidade dos efeitos dessa tutela. Na segunda seção, o artigo investiga o entendimento do STJ e do STF acerca da reversibilidade dos efeitos da tutela antecipatória em demandas previdenciárias. Por fim, na terceira seção, o texto examina, por meio da MAD, o posicionamento do TJSP quanto à (i)reversibilidade dos efeitos das decisões judiciais em processos previdenciários, mediante a aplicação do tema n. 692 do STJ em seus acórdãos.

1. A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E A (IR)REVERSIBILIDADE DE SEUS EFEITOS NO SISTEMA PROCESSUAL

O processo, como procedimento conduzido sob o contraditório, é o meio constitucional legitimador da atividade jurisdicional impositiva e substitutiva da vontade do

indivíduo⁵⁸³. Todavia, como é natural de um Estado Democrático de Direito, em que o processo finca raízes no contraditório e as decisões judiciais devem ser adequada e suficientemente fundamentadas com base em argumentos debatidos previamente e nos elementos de prova produzidos nos autos, a tutela jurisdicional definitiva demanda um prazo razoável para ser concedida⁵⁸⁴.

Ocorre que nem todo objeto jurídico-material pretendido com a prestação jurisdicional pode aguardar esse lapso procedimental, sob pena de resultar em danos irreversíveis ou no perecimento do direito⁵⁸⁵. Com o intuito de assegurar a satisfatividade da prestação jurisdicional, o CPC/1973, a partir da alteração promovida pela Lei n. 8.952/1994, e, posteriormente, o CPC/2015 possibilitaram a antecipação da tutela requerida na petição inicial, condicionando-a, contudo, à observância a determinados requisitos, nominadamente, a probabilidade jurídica e o perigo de dano pela demora ou risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300 da atual codificação processual⁵⁸⁶.

A hoje denominada tutela provisória de urgência de caráter

antecipatório é, portanto, um instrumento que almeja mitigar os efeitos deletérios da demora do processo para a parte por ela beneficiada. No entanto, a tutela se fundamenta em um juízo precário de probabilidade, demandando que a impressão inicial de justiça que ensejou sua concessão seja confirmada ao longo da instrução processual, até o alcance da decisão definitiva que a substituirá. Afinal, tudo que é provisório assim o é para que depois venha a ser sucedido pelo correspondente definitivo⁵⁸⁷.

Contudo, não se descure que a tutela provisória é calcada na probabilidade do direito, e não em uma certeza jurídica, que apenas advirá com o título definitivo, após cognição exauriente das teses apresentadas pelas partes em suas peças postulatorias e da análise dos elementos de prova produzidos na relação processual mediante contraditório. Destarte, para além dos pressupostos positivos para a sua concessão acima discriminados, tem-se um pressuposto negativo: a não irreversibilidade dos efeitos da decisão, insculpida no art. 300, § 3º, do CPC/2015⁵⁸⁸.

No contexto dessa

⁵⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v.1.

⁵⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

⁵⁸⁵ CINTRA, Antônio Carlos *et al.* *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁵⁸⁶ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

⁵⁸⁷ CAMARA, Alexandre Freitas. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Barueri: Atlas, 2023.

⁵⁸⁸ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

irreversibilidade, compreende-se que ela possui natureza fática, e não jurídica⁵⁸⁹. Isso porque, juridicamente, a decisão pode ser revista pelo próprio juízo de ofício ou por meio de recurso à instância superior. Fala-se em reversibilidade fática, por sua vez, quando for possível reconduzir as partes à situação anterior à concessão da tutela antecipada. Desse modo, a lei exige, para a concessão de tutela antecipatória, que os seus efeitos possam ser revertidos, a fim de que, caso a tutela final não a confirme, as partes retornem ao *status quo ante*⁵⁹⁰. Nada obstante, há temperamentos a uma interpretação mais restritiva do conteúdo legal.

Entende-se que a reversibilidade econômica dos efeitos práticos da decisão não caracteriza a irreversibilidade prevista na norma⁵⁹¹⁵⁹². Ademais, em casos envolvendo direitos sensíveis e diante de uma irreversibilidade bidirecional, na qual,

se a tutela for concedida, sua reversão será impossível, e se negada, o direito almejado será perdido, é necessário avaliar os interesses jurídicos tuteláveis de ambos os lados. Caso o interesse do requerente da tutela seja ponderadamente superior, esta deve ser concedida⁵⁹³.

Essa compreensão é bastante consolidada, estando refletida no enunciado doutrinário de n. 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), segundo o qual “não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis”⁵⁹⁴. No mesmo sentido, o enunciado n. 40 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe que “a irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível”⁵⁹⁵.

De toda sorte, o legislador, antevendo que a tutela provisória de urgência, quando reformada pela

5-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

⁵⁸⁹ DONIZETTI, Elpídio. *Curso de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

⁵⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁵⁹¹ MARCATO, Antônio Carlos. *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2022.

⁵⁹² DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁵⁹³ BEZERRA, Andrea; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A tutela provisória e sua aplicação nas demandas ligadas ao direito à saúde. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 7,

n. 5, p. 10-20, 2021. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/5/2021_05_0207_0226.pdf. Acesso em: 18 abr. 2024.

⁵⁹⁴ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado n. 419*. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2025.

⁵⁹⁵ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. *I Jornada de direito processual civil: enunciados aprovados*. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil/i-jornada-de-direito-processual-civil-enunciados-aprovados/@@download/arquivo>. Acesso em: 29 mar. 2025.

decisão definitiva, poderia causar danos em razão dos efeitos produzidos durante sua vigência, previu no art. 302 do CPC/2015 que, além de outras hipóteses elencadas em rol não exaustivo⁵⁹⁶, a parte favorecida com a medida antecipatória não confirmada deve ressarcir a outra pelos prejuízos experimentados.

Reconhece-se que a responsabilidade do beneficiário da decisão por ressarcir os danos é objetiva, ou seja, independe de demonstração de dolo ou culpa. Para essa reparação exige-se tão somente a postulação da tutela provisória, a ocorrência do prejuízo e o liame de causalidade entre os efeitos da medida e o dano sofrido⁵⁹⁷. Vale salientar que o CPC/1973 continha previsão equivalente no art. 811⁵⁹⁸, originalmente aplicada à tutela cautelar, mas extensível, por analogia, à tutela antecipada que só fora inaugurada na ordem jurídica pátria posteriormente.

Justamente em virtude da

estipulação legal dessa responsabilidade, que dispensa o elemento subjetivo, é que se entende que a tutela provisória de urgência de natureza antecipada exige requerimento expresso da parte, ainda que os arts. 300 e 139, IV, do CPC/2015 assim não disponham expressamente. Afinal, compete à parte exercer juízo ponderativo de custo-benefício de sua postulação, já que assume o risco de, eventualmente, ter que indenizar a contraparte⁵⁹⁹. Excepcionalmente, caso a tutela provisória de urgência tenha caráter exclusivo cautelar, entende-se que pode ser concedida de ofício pelo juiz, dentro do seu poder geral de cautela, visando, unicamente, resguardar o objeto do direito material pretendido para oportuna fruição por quem a tutela final favorecer⁶⁰⁰.

Cumprido destacar que a indenização em tela não tem caráter sancionatório, mas puramente reparatório. A sanção é imposta caso haja prática de um ato ilícito, ao passo que a reparação decorre

⁵⁹⁶ Há autores que entendem que se cuida de rol taxativo, embora de interpretação extensiva. Por todos, ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. Tutela provisória: responsabilidade pelos danos decorrentes de sua implementação. *Revista dos Tribunais*, v. 110, n. 1028, p. 327-345, 2021.: “As hipóteses de responsabilização se encontram listadas em rol taxativo nos incisos do art. 302 do CPC/2015 (LGL\2015\1656). Isto, todavia, não quer dizer que não possa haver a adequada atribuição de sentido aos termos da norma, por meio de uma interpretação extensiva, [...]”.

⁵⁹⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Gen/Método, 2019.

⁵⁹⁸ “Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar

responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável; [...]”. BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 05 jun. 2024.

⁵⁹⁹ SILVA, Beclauete Oliveira. Tutela provisória no código de processo civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 25, n. 1, p. 40-61, 2024. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/81883>. Acesso em: 2 jun. 2024.

⁶⁰⁰ PIZZOL, Patrícia Miranda; MIRANDA, Gilson Delgado. A tutela de urgência como instrumento de acesso à justiça. *Revista de Processo*, v. 45, n. 302, p. 175-216, 2020.

exclusivamente da causação de um dano indevido a outrem. Por isso mesmo, a previsão tratada se aproxima mais do instituto do enriquecimento sem causa, do art. 884 e seguintes do Código Civil de 2002, visando reconduzir as partes processuais ao estado anterior, do que do art. 186 e seguintes da mesma codificação, que, a seu turno, versam acerca dos atos ilícitos⁶⁰¹.

Outro esclarecimento necessário é quanto à natureza do ato desfavorável ao beneficiário da tutela antecipatória revertida. Nada obstante a lei se valha da terminologia “sentença”, a previsão abrange outros tipos de ato decisório final, não mais sujeitos a recurso, como a decisão monocrática do magistrado do tribunal ou o acórdão do órgão colegiado⁶⁰². Por consectário, a mesma regra aplica-se quando a conclusão desfavorável imutável decorre de uma decisão parcial de mérito, nos termos do art. 356 do CPC/2015, ou de uma sentença extintiva sem resolução de mérito, que não deixa de ser, aliás, uma sentença desfavorável ao autor caso a antecipação dos efeitos da tutela lhe

aproveite.

Tal indenização pode ser reclamada nos próprios autos, conforme prevê o parágrafo único do art. 302 do CPC/2015, estando sua efetivação condicionada à prévia liquidação para a apuração do prejuízo. O propósito de viabilizar o ressarcimento é tão veemente que o STJ consolidou entendimento no sentido de que a possibilidade de liquidar e vindicar a indenização no mesmo processo independe de pedido próprio ou de reconhecimento no título final irrecorrível, sendo inerente ao próprio contexto processual⁶⁰³.

Consigne-se que o art. 300, § 1º, do CPC/2015, ao permitir que juiz exija uma caução para a concessão de tutela provisória de urgência, seja real ou fidejussória⁶⁰⁴, se conecta com a regra do art. 302 do CPC/2015. Dessa forma, caso a decisão precária seja reformada pela decisão final, a parte prejudicada pelos efeitos da tutela provisória não confirmada poderá utilizar a garantia prestada para compensar suas perdas, total ou parcialmente⁶⁰⁵. Entrementes, o próprio dispositivo que admite a

⁶⁰¹ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. Tutela provisória: responsabilidade pelos danos decorrentes de sua implementação. *Revista dos Tribunais*, v. 110, n. 1028, p. 327-345, 2021.

⁶⁰² *Ibidem*.

⁶⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2.391.479/SP*. Agravante: Jose Carlos Ferro. Agravado: Unimed – São José do Rio Preto – Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Ministro Raul Araújo. Data do julgamento: 08 de abril de 2024. Data da publicação: 19 de abril de 2024. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamen>

to/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=238999361&registro_numero=202302077109&peticao_numero=202301157796&publicacao_data=20240419&formato=PDF. Acesso em: 06 abr. 2025.

⁶⁰⁴ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

⁶⁰⁵ GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

exigência de caução, também prevê a possibilidade de dispensa, caso a parte comprove sua impossibilidade de oferecê-la.

Como conclusão intermediária, observa-se, em apertada síntese, que a tutela provisória pode ser concedida quando estiverem presentes a probabilidade jurídica e o perigo da demora ou risco de inutilidade do provimento jurisdicional futuro, desde que, em regra, a reversibilidade fática ou econômica dos efeitos da decisão seja perceptível, sendo o beneficiário responsável objetivamente caso reste sucumbente em cognição exauriente. Estabelecida a dinâmica normativa geral, cumpre analisar o regramento especial da previdência quanto ao tema.

A seguridade social é estabelecida no art. 194, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) como "um conjunto integrado de ações promovidas pelos Poderes Públicos e pela sociedade, com o objetivo de garantir os direitos à saúde, à previdência e à assistência social"⁶⁰⁶.

A previdência social, como um dos pilares da seguridade social, é

organizada sob a forma de um regime geral contributivo e de filiação obrigatória, abrangendo também os dependentes dos segurados ⁶⁰⁷. A proteção assegurada pela previdência social tem como objetivo precípua a cobertura dos riscos sociais. Conforme destaca Ivan Kertzman⁶⁰⁸, esses riscos "são os infortúnios que causam a perda da capacidade para o trabalho e, consequentemente, para a manutenção do sustento". De tudo se infere a relevância social das prestações previdenciárias. Malgrado, na contrabalança, registre-se que por força de mandamento constitucional (art. 201, *caput*, parte final), o sistema previdenciário reclama uma organização que propicie equilíbrio financeiro e atuarial, pois direitos não nascem em árvores, como bem alerta Flávio Galdino⁶⁰⁹.

No que se refere à tutela antecipada em ações de teor previdenciário, é relevante realizar uma breve digressão histórica. A redação original do art. 130 da Lei n. 8.213/1991 continha um comando absolutamente inverso ao do então vigente art. 811 do CPC/1973 (revogado)⁶¹⁰.

A previsão era favorabilíssima

⁶⁰⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 mar.

⁶⁰⁷ KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 33-34.

⁶⁰⁸ *Ibidem*.

⁶⁰⁹ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

⁶¹⁰ "Art. 130. Os recursos interpostos pela Previdência Social em processo que envolvam prestações desta lei, serão recebidos exclusivamente no efeito devolutivo, cumprindo-se, desde logo, a decisão ou sentença, através de processo suplementar ou carta de sentença. Parágrafo único. Ocorrendo a reforma da decisão, será suspenso o benefício e exonerado o beneficiário de restituir os valores recebidos por força da liquidação condicionada". BRASIL. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras

ao interesse do beneficiário que obtivesse êxito em primeiro grau, uma vez que, a uma, dispunha que os recursos interpostos pela Previdência Social sobre prestações previdenciárias teriam efeito meramente devolutivo e poderiam ser imediatamente exigidos e, a duas, se a decisão concessiva fosse reformada, o recebedor estaria, *ex lege*, dispensado de restituir os valores recebidos ao Erário.

Na época, a redação original alinhava-se à teoria da irrepetibilidade das parcelas de natureza alimentar recebidas de boa-fé, aplicada às controvérsias previdenciárias face à peculiaridade de que as partes, frequentemente, são hipossuficientes em relação ao Poder Estatal, em relação à regra geral da responsabilidade objetiva de reparabilidade da tutela superada. A antecipação da tutela, nesse contexto, facilitava o acesso à justiça, ao mitigar os impactos temporais do processo e permitir que o requerente usufruísse dos valores do benefício previdenciário almejado durante o andamento da

ação, desde que cumpridos os requisitos legais, sem a necessidade de devolução posterior⁶¹¹.

O conteúdo da redação original vigeu por pouco tempo, tendo sua aplicabilidade suspensa por força de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 675, em 23/02/1992, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Octávio Gallotti, então Vice-presidente do STF. A suspensão foi principalmente fundamentada no argumento de que a exoneração de restituição resultaria, na prática, em uma burla ao duplo grau de jurisdição, o que geraria um potencial prejuízo irreparável aos cofres públicos⁶¹².

Em 1997, o art. 130 foi revogado pela Lei n. 9.528, sendo substituído por outro dispositivo, que não se relacionava, minimamente, com a questão dos recebimentos de benefícios previdenciários em processos judiciais antes do seu trânsito em julgado, passando a dispor sobre prazo para execução contra a Fazenda Pública⁶¹³. Consigne-se que o art. 1º da Lei n. 9.494/1997, cujo teor

providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

⁶¹¹ MENDES, Juliana Rielli S. D'Angeles; VELOSO, Cynara Silde Mesquita. A (in)compatibilidade da tese firmada pelo STJ no tema 692 sobre a repetibilidade dos benefícios previdenciários recebidos de boa-fé em tutela provisória com a dignidade da pessoa humana. *Revista Quaestio Iuris*, v. 13, n. 03, p.1460–1492, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/45579/36388>. Acesso em: 2 maio 2024.

⁶¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 675*. Requerente: Procurador-Geral da

República. Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data do julgamento: 06 de outubro de 1994. Data da publicação: 20 de junho de 1997. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur36386/false>. Acesso em: 20 maio 2024.

⁶¹³ “Art. 130. Na execução contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, o prazo a que se refere o art. 730 do Código de Processo Civil é de trinta dias”. BRASIL. *Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997*. Altera os dispositivos das Leis n.s 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em:

foi declarado constitucional pelo STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade de n. 4, impôs várias restrições, incluindo a proibição de concessão de tutela antecipada contra o Poder Público para fins de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, bem como para a concessão de aumentos ou extensões de vantagens pecuniárias⁶¹⁴. Indagava-se se tal dispositivo valeria com óbice em demandas judiciais que vindicavam vantagens de cunho previdenciário.

Entretanto, o STF entendeu inaplicável a vedação do aludido dispositivo às demandas previdenciárias, em interpretação estrita do teor redacional do artigo apreciado, editando, em 26/11/2003, o enunciado da jurisprudência sumulada de n. 729⁶¹⁵. Diante do advento desse vácuo legislativo específico, em tese, deveria aplicar-se a regra geral do

CPC/1973. Ocorre que tal omissão acarretou, em verdade, uma oscilação jurisprudencial⁶¹⁶.

Alguns julgados associavam o art. 811 do CPC/1973 ao art. 115, II ou IV, da Lei n. 8.213/1991⁶¹⁷, para admitir a devolução das quantias pagas a título de benefícios previdenciários por decisão judicial precária revertida. Por outro lado, outros julgados entendiam que a redação do art. 115, II ou IV, da referida lei não autorizaria a restituição desses valores, pois as prestações previdenciárias possuíam caráter alimentar e estavam sendo recebidas em virtude de uma decisão judicial, ainda que antecipada, o que demonstraria a boa-fé do beneficiário, do que decorreria a irrepetibilidade dos valores se sobrevivesse a sua reversão *a posteriori*. Sobre o historiamento jurisprudencial, se versará no tópico subsequente.

Apenas com a Medida Provisória

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9528.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

⁶¹⁴ BRASIL. Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9494.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

⁶¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 729*. Brasília, 2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumari/sumulas.asp?base=30&sumula=2705>. Acesso em: 14 maio 2024.

⁶¹⁶ BALDUINO, Maria Clara de Jesus Maniçoba. A devolução dos valores recebidos por benefícios previdenciários concedidos por tutela antecipada posteriormente revogada: análise jurisprudencial dos tribunais superiores brasileiros. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, Natal, v.

12, n. 2, p. 64-89, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/19164>. Acesso em: 13 maio 2024.

⁶¹⁷ “Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios: [...] II - pagamento de benefício além do devido; [...] VI - pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, públicas e privadas, quando expressamente autorizado pelo beneficiário, até o limite de trinta por cento do valor do benefício. (Incluído pela Lei n. 10.820, de 17.12.2003)”. BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

n. 871/2019, convertida na Lei n. 13.846/2019, tornou-se a prever, expressamente, o dever de reparação dos montantes adimplidos em razão de antecipação de tutela não corroborada pelo julgamento. Além disso, a legislação passou a autorizar, de maneira inédita, que a própria autarquia previdenciária realizasse o desconto administrativo dos valores pagos indevidamente sobre benefício que estivesse sendo pago, desde que o montante a ser descontado não ultrapasse 30% do benefício previdenciário em questão⁶¹⁸.

Advirta-se que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 10.435/2018, com parecer favorável da Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, que isenta a parte processual de restituir à autarquia previdenciária os valores recebidos mediante decisão judicial que foi posteriormente revogada ou modificada. A justificativa para tal proposta fundamenta-se na existência

de boa-fé daquele que favorecido por ato judicial que reconhece a existência de probabilidade jurídica na sua pretensão, bem como na natureza alimentar das prestações de previdência social fruídas sob a égide do título transitório⁶¹⁹. Caso seja promulgada a lei, que tem efeito semelhante ao comentado original art. 130 da Lei n. 8.213/1991, espera-se que haja novo questionamento sobre sua constitucionalidade, tal como ocorrera anteriormente.

2. A (IR)REVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPATÓRIA EM DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF

Durante anos, tanto o STJ, quanto o STF sustentaram a posição de que não seria possível a devolução dos valores recebidos a título de benefícios previdenciários indevidamente por meio de tutela antecipada que foi

⁶¹⁸ BRASIL. *Lei n. 13.846, de 18 de junho de 2019*. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade; altera as Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 7.783, de 28 de junho de 1989, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 9.620, de 2 de abril de 1998, 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.796, de 5 de maio de 1999, 10.855, de 1º de abril de 2004, 10.876, de 2 de junho de 2004, 10.887, de 18 de junho de 2004, 11.481, de 31

de maio de 2007, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; e revoga dispositivo da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e a Lei nº 11.720, de 20 de junho de 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13846.htm. Acesso em: 05 abr. 2024.

⁶¹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 10.435, de 19 de junho de 2018*. Altera a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, para exonerar o segurado ou seus dependentes de restituir valores de benefícios previdenciários recebidos por força de decisão judicial que concede tutela provisória posteriormente revogada ou modificada. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2179306>. Acesso em: 15 maio 2024.

posteriormente revogada, com base no princípio da irrepetibilidade dos alimentos e na boa-fé do beneficiário.

Em consonância ao exposto, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) editou, em 2012, a súmula n. 51, na qual estabeleceu que os valores recebidos por meio de tutela antecipada, posteriormente revogada, em processos previdenciários são irrepetíveis, devido ao caráter alimentar desses benefícios e da boa-fé do segurado quando do recebimento desses⁶²⁰.

No entanto, em 12/06/2013, o STJ se contrapôs ao entendimento jurisprudencial vigente até então, quando, no julgamento do Recurso Especial n. 1384418/SC, decidiu pela restituição dos importes recebidos a título de benefício previdenciário, por meio de tutela antecipada posteriormente revogada. Essa decisão se fundamentou no caráter provisório do benefício previdenciário concedido e na consequente ausência de boa-fé objetiva por parte do segurado que o recebeu. No entanto, o

Tribunal reconheceu a presença de boa-fé subjetiva pelo segurado, decorrente da legitimidade do meio – decisão judicial – que possibilitou o recebimento do benefício⁶²¹.

Em 12/02/2014, o STJ reiterou esse entendimento no julgamento do Recurso Especial n. 1401560/MT, sob o rito dos recursos repetitivos. Nesse julgamento, o Tribunal fixou, por meio do tema n. 692, publicado em 13/10/2015, a tese, de observância obrigatória pelos juízes e tribunais nacionais, conforme art. 927, III, do CPC/2015⁶²², de que “a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os valores recebidos a título de benefícios previdenciários indevidamente recebidos”⁶²³.

Entre os fundamentos que respaldaram essa tese estão: a) o fato de a reversibilidade da decisão ser um pressuposto básico para a concessão da tutela antecipada, conforme estabelecido no art. 273, § 2º, do CPC/1973 – correspondente ao art. 300, § 3º, do CPC/2015 –; b) a aplicabilidade do princípio do

⁶²⁰ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. *Súmula n. 51*. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=51>. Acesso em: 12 maio 2024.

⁶²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. *Recurso Especial n. 1384418/SC (2013/0032089-3)*. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Herondina Ferreira. Relator: Ministro Herman Benjamin. Data do julgamento: 12 de junho de 2013. Data da publicação: 30 de agosto de 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300320893&dt_pu

blicacao=30/08/2013. Acesso em: 06 abr. 2025.

⁶²² BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

⁶²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema Repetitivo n. 692*. Brasília, 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=692&cod_tema_final=692. Acesso em: 12 maio 2024.

enriquecimento sem causa no Direito Público e; c) a previsão de restituição dos valores dos benefícios previdenciários pagos indevidamente, insculpida no art. 115, II, da Lei n. 8.213/1991 – vigente à época –⁶²⁴.

Salienta-se que, embora o Ministro Ari Pargendler, autor do voto vencedor, não tenha fundamentado o acórdão, de modo expresso, na inexistência de boa-fé objetiva por parte do segurado, o Ministro, ao abordar a reversibilidade da decisão que antecipa a tutela, assinalou a inequívoca ciência da parte favorecida pela tutela quanto à reversibilidade dessa, mesmo fator considerado no acórdão do Recurso Especial n. 1384418/SC para justificar a inexistência de boa-fé objetiva pelo segurado e ir de encontro ao entendimento anterior do STJ e do STF sobre o tema.

A partir de então, os segurados que haviam recebido benefícios previdenciários de forma indevida, por meio de tutela antecipada posteriormente revogada, passaram a ser obrigados a restituir os valores desses benefícios à autarquia federal. No entanto, o STJ excepcionou essa

regra nas situações em que os benefícios previdenciários foram concedidos por meio de sentença confirmada em segunda instância, mas posteriormente revogada em sede de recurso especial.

O Tribunal reconheceu que a dupla conformidade entre a decisão de primeiro e de segundo grau restringia a possibilidade de interposição de recurso em face da decisão de segunda instância, tornando a relação jurídica submetida a julgamento estável. Essa estabilidade gerava na parte vencedora uma expectativa legítima quanto à titularidade do direito reconhecido na sentença e ratificado em segunda instância. Tal expectativa demonstrava a boa-fé objetiva da parte vencedora⁶²⁵ e justificava a não aplicação do tema n. 692 do STJ.

Desse modo, a presença ou a ausência de boa-fé objetiva por parte do segurado tornou-se um fator determinante para a ressarcibilidade dos valores benefícios previdenciários pagos indevidamente, por força de tutela antecipada posteriormente revogada. Quando a boa-fé objetiva estava presente, os valores recebidos a título de benefícios previdenciários

⁶²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. *Recurso Especial n. 1401560/MT (2012/0098530-1)*. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Catarina Batista Dias. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Data do julgamento: 12 de fevereiro de 2014. Data da publicação: 13 de outubro de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200985301&dt_publicacao=13/10/2015. Acesso em: 12 maio 2024.

⁶²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1086154/RS (2012/0114393-1)*. Embargante: União. Embargado: Ricardo Augusto Paganini. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 20 de novembro de 2013. Data da publicação: 19 de março de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201143931&dt_publicacao=19/03/2014. Acesso em: 06 abr. 2025.

concedidos eram considerados irrepetíveis, ou seja, o segurado não teria a obrigação de devolução, mesmo após a revogação da tutela. No entanto, na ausência de boa-fé objetiva, os valores recebidos indevidamente deveriam ser restituídos à autarquia federal.

Em aparente consonância ao entendimento do STJ, o STF, no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 722421/MG, em 19/03/2015, firmou, por meio do tema n. 799, publicado em 30/03/2015, a tese de que a devolução de valores recebidos em virtude de tutela antecipada posteriormente revogada consiste em matéria infraconstitucional e, portanto, destituída de repercussão geral, reconhecendo, assim, a sua incompetência para tratar sobre o assunto⁶²⁶.

Entretanto, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 734242/DF, em 04/08/2015, o STF reconheceu a irrepetibilidade dos valores dos benefícios previdenciários recebidos de boa-fé pelo segurado, por decisão judicial, em decorrência do

caráter alimentar desses benefícios⁶²⁷, contrariando sua própria decisão anterior, na qual se considerou incompetente para abordar tal matéria.

Essa divergência de entendimento entre os referidos Tribunais Superiores gerou incerteza sobre a aplicabilidade do tema n. 692 do STJ, resultando em seu reiterado descumprimento por todos os órgãos do Poder Judiciário⁶²⁸ e, consequentemente, em considerável insegurança jurídica para os jurisdicionados. Esses se viram impossibilitados de prever se seriam obrigados a devolver os valores dos benefícios recebidos indevidamente, em razão da revogação da tutela que havia concedido um benefício previdenciário.

Diante desse cenário, o Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal, com o objetivo de promover a coerência sistêmica e a efetividade do sistema de precedentes em desenvolvimento no Brasil, emitiu, em 28/02/2018, a nota técnica n. 005/2017. Por meio dela, o referido órgão recomendou aos Tribunais Regionais Federais (TRFs) que enviassem ao STJ recursos representativos de

⁶²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema n. 799*. Brasília, 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4330792&numeroProcesso=722421&classeProcesso=ARE&numeroTema=799>. Acesso em: 12 maio 2024.

⁶²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 734242/DF*. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social. Agravado: Maria Alves Muller. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento: 04 de

agosto de 2015. Data da publicação: 08 de setembro de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur318411/false>. Acesso em: 06 abr. 2025.

⁶²⁸ DEMO, Roberto Luis Luchi. Devolução de benefício previdenciário recebido em virtude de antecipação de tutela posteriormente revogada: análise jurídica e econômica e a superveniência da Lei 13.846/2019. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 32, n. 3, p. 16–27, 2020. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/229/158>. Acesso em: 8 maio 2024.

controvérsia, a fim de possibilitar uma melhor delimitação do tema. Adicionalmente, sugeriu que o STJ priorizasse o encaminhamento de proposta de afetação do recurso representativo de controvérsia eventualmente formulado por um dos TRFs, que abordasse a questão em comento⁶²⁹.

Em meio a esse contexto, em 03/12/2018, o STJ afetou a Petição n. 12482/DF para fins de revisão do tema n. 692 do Tribunal. Paralelamente, determinou a suspensão de todos os processos pendentes de trânsito em julgado que discutissem a obrigatoriedade ou não da devolução de valores recebidos a título de benefícios previdenciários concedidos por meio de tutela antecipada revogada posteriormente⁶³⁰.

Em 11/05/2022, o STJ reafirmou o referido tema, sob os fundamentos de que:

a) a redação atual do art. 115, II, da Lei n. 8.213/1991, instituída pela Medida Provisória n. 871/2019 e pela Lei n. 13.846/2019, estabelece, de forma expressa, o dever da parte que

recebeu o benefício previdenciário ou assistencial de modo indevido por força de decisão judicial posteriormente revogada de restituir os valores recebidos à contraparte. Além disso, o dispositivo prevê que essa restituição pode ocorrer mediante desconto em percentual de no máximo 30% do montante de eventual benefício que esteja sendo pago à parte autora⁶³¹;

b) o fato de o STF possuir precedentes contrários à tese firmada pelo STJ não a invalida, porque a maior parte dos precedentes do STF não se refere a ações previdenciárias, bem como são todos antecedentes às modificações do art. 115, II, da Lei n. 8.213/1991. Outrossim, o próprio STF tem decidido, atualmente, que não há repercussão geral nesse assunto. Desse modo, ao se considerar que a matéria em discussão consiste em questão infraconstitucional e que o art. 105 da CRFB/1988 atribui ao STJ o dever de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional no país, o entendimento válido sobre o tema corresponde ao adotado pelo STJ⁶³².

⁶²⁹ BRASIL. Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal. *Nota Técnica n. 005/2017*. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas/nt-05_2017-restituicao-de-pagamentos-de-beneficios-previdenciarios-em-antecipacao-de-tutela-inss/@@download/arquivo. Acesso em: 12 maio 2024.

⁶³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Boletim de Precedentes*. 19. ed. Brasília, 19 dez. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/processo

/precedentes/2018/19_boletim_precedentes_stj_20181219.pdf. Acesso em: 12 maio 2024.

⁶³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. *Petição n. 12482 (2018/0326281-2)*. Requerente: Ministro Og Fernandes. Requerido: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Og Fernandes. Data do julgamento: 11 de maio de 2022. Data da publicação: 24 de maio de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803262812&dt_publicacao=24/05/2022. Acesso em: 06 abr. 2025.

⁶³² *Ibidem*.

Entretanto, em atenção à redação atual do art. 115, II, da Lei n. 8.213/1991, a Corte Superior realizou um acréscimo redacional ao tema n. 692 do Tribunal, com o objetivo de adequar o referido tema às novas disposições legais. Desde então, o referido tema passou a vigorar com a seguinte redação:

*A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago*⁶³³.

Desse modo, o tema n. 692 do STJ, que anteriormente se restringia aos benefícios previdenciários, foi ampliado para incluir também os benefícios assistenciais. Além disso, tal tema passou a reconhecer um possível modo de restituição dos valores recebidos indevidamente, no caso, o desconto sobre eventual benefício ainda pago ao segurado, desde que respeitado o limite máximo de 30% do valor desse benefício.

No julgamento da Petição n. 12482/DF, o STJ também definiu o âmbito de aplicação do tema 692, quando firmou que o momento de concessão/revogação da tutela de urgência não interfere no dever de devolução dos valores recebidos a

título de benefícios previdenciários ou assistenciais, conforme se pode depreender do excerto da decisão transcrito abaixo:

Ao propor a questão de ordem, esta Relatoria citou as seguintes particularidades processuais que supostamente seriam aptas a ensejar uma consideração específica quanto à possibilidade de revisão do entendimento firmado no Tema 692/STJ: a) tutela de urgência concedida de ofício e não recorrida; b) tutela de urgência concedida a pedido e não recorrida; c) tutela de urgência concedida na sentença e não recorrida, seja por agravo de instrumento, na sistemática processual anterior do CPC/1973, seja por pedido de suspensão, conforme o CPC/2015; d) tutela de urgência concedida initio litis e não recorrida; e) tutela de urgência concedida initio litis, cujo recurso não foi provido pela segunda instância; f) tutela de urgência concedida em agravo de instrumento pela segunda instância; g) tutela de urgência concedida em primeiro e segundo graus, cuja revogação se dá em razão de mudança superveniente da jurisprudência então existente. Quanto a elas, note-se que se trata basicamente do momento em que foi

⁶³³ *Ibidem*.

concedida e/ou revogada a tutela de urgência, se logo no início do feito, se na sentença, se na segunda instância, ou se apenas no STF ou no STJ. A ideia subjacente é que, em algumas hipóteses, a tutela de urgência já estaria, de certa forma, incorporada ao patrimônio jurídico da parte autora, e sua revogação poderia resultar em injustiça no caso concreto.

Tais situações, entretanto, são tratadas pela lei da mesma forma, não merecendo distinção do ponto de vista normativo. Ou seja, em qualquer desses casos, a tutela de urgência não deixa de ser precária e passível de modificação ou revogação a qualquer tempo, o que implicará o retorno ao estado anterior à sua concessão⁶³⁴.

O STJ, no entanto, ressaltou que, nos casos em que a revogação da tutela decorrer de uma modificação superveniente da jurisprudência, os valores eventualmente recebidos em virtude dessa tutela não precisarão, necessariamente, ser restituídos à autarquia federal. Nessa hipótese, caberá ao tribunal que superou o precedente modular os efeitos da

alteração, conforme previsto no art. 927, § 3º, do CPC/2015⁶³⁵.

Houve, portanto, uma aparente extinção da tese da dupla conformidade em relação ao pleito de restituição valores recebidos a título de benefícios previdenciários e/ou assistenciais recebidos por força de antecipação de tutela concedida em sentença, confirmada em segundo grau e reformada, posteriormente, em sede de recurso especial, frente à irrelevância do momento de concessão/revogação dessa tutela.

Assim, a confirmação do tema n. 692 do STJ reiterou a obrigação dos juízes e dos tribunais de determinarem que os segurados que receberam benefícios previdenciários e assistenciais por meio de tutela antecipada ulteriormente revogada restitua os valores a eles correspondentes ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), independentemente do momento em que a tutela foi concedida e/ou revogada. No entanto, ressalvam-se as situações em que a revogação da tutela decorrer de modificação superveniente da jurisprudência, desde que haja modulação dos efeitos da alteração nesse sentido.

Em 2024, o STJ complementou a tese firmada no tema n. 692 a fim de incluir, expressamente, a possibilidade de devolução dos valores recebidos a

⁶³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. *Petição n. 12482 (2018/0326281-2)*. Requerente: Ministro Og Fernandes. Requerido: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Og Fernandes. Data do julgamento: 11 de maio de 2022. Data da publicação: 24 de maio de 2022. Disponível

em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803262812&dt_publicacao=24/05/2022. Acesso em: 06 abr. 2025.

⁶³⁵ *Ibidem*.

título de benefício previdenciário nos próprios autos, na forma do art. 520, II, do CPC/2015, quando houver reforma da decisão que concedeu a tutela antecipada ⁶³⁶. Segundo o ministro Afrânio Vilela, relator dos embargos de declaração que motivaram essa complementação, tal atualização era necessária pois, embora a referida possibilidade já estivesse implícita na fundamentação do acórdão original, sua ausência no texto da tese gerava controvérsias secundárias, de modo que alguns tribunais deixavam de aplicar o precedente por identificarem supostas distinções, o que acabava por provocar a interposição de recursos desnecessários ao STJ⁶³⁷.

Em meio a esse contexto, passa-se a se questionar em que medida a edição e reafirmação do tema n. 692 do STJ resultaram na devolução dos valores ao Erário previdenciário quando revertida a decisão provisória que implantou benefício, no caso específico perante o Tribunal do Estado de São Paulo (TJSP). Essa questão será abordada a seguir.

3. COLETA E ANÁLISE DE DADOS: O COMPORTAMENTO

DECISÓRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO QUANTO À APLICAÇÃO DO TEMA N. 692 DO STJ

Para responder ao presente problema de pesquisa, este trabalho adota a Metodologia de Análise de Decisões (MAD), metodologia quantitativa e qualitativa desenvolvida por Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima para possibilitar a elaboração de estudos teóricos no campo jurídico, por meio do uso de uma abordagem complementar de dados compilados de um conjunto de decisões que refletem o entendimento de um determinado tribunal sobre uma matéria específica⁶³⁸.

São objetivos primordiais da MAD: a) a sistematização de informações concernentes a decisões prolatadas em um determinado contexto; b) a avaliação da coerência decisória em um cenário previamente estabelecido e; c) o desenvolvimento de uma explicação sobre o significado das decisões, mediante a interpretação do processo decisório, das estruturas das decisões e dos argumentos apresentados⁶³⁹.

⁶³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. *Embargos de Declaração na Petição n. 12482/DF (2018/0326281-2)*. Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social. Embargado: Defensoria Pública da União e outros. Relator: Ministro Afrânio Vilela. Data do julgamento: 09 de outubro de 2024. Data da publicação: 11 de outubro de 2024. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=271425615&registro_numero=201803262812&peticao](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=271425615&registro_numero=201803262812&peticao_numero=202200521087&publicacao_data=20241011&formato=PDF)

[_numero=202200521087&publicacao_data=20241011&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=271425615&registro_numero=201803262812&peticao_numero=202200521087&publicacao_data=20241011&formato=PDF). Acesso em: 06 abr. 2025.

⁶³⁷ *Ibidem*.

⁶³⁸ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões — MAD. *Universitas Jus*, n. 21, p. 1-17, 2010. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206/1149>. Acesso em: 22 maio 2024.

⁶³⁹ *Ibidem*.

Segundo Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima ⁶⁴⁰, a MAD é composta por três etapas; são elas: a) a pesquisa exploratória; b) o recorte objetivo e; c) o recorte institucional. Na primeira etapa, o pesquisador define uma bibliografia básica sobre o tema e, por meio de uma leitura exploratória dessa bibliografia, identifica as principais questões referentes à temática. Na segunda, o pesquisador determina o problema de pesquisa a ser investigado. Na terceira, o pesquisador seleciona o órgão julgador cujas decisões serão pesquisadas.

Neste artigo, a pesquisa exploratória foi desenvolvida nos dois primeiros tópicos, por meio da revisão de literatura de referências teóricas diversas, como artigos científicos, dissertações, teses e livros. Esses foram obtidos a partir de buscas nas bases de dados da Biblioteca Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD), Capes, Ebsco, Google Scholar, Redalyc, RT online, Scielo, Scopus e Vlex, mediante o uso dos operadores booleanos “AND” e “OR” para agregar as seguintes palavras-chave, em diferentes combinações: “tutela antecipada”, “revogação”, “benefício previdenciário”, “reversibilidade das decisões judiciais”, “tema n. 692 do STJ”.

No recorte objetivo, definiu-se como problema de pesquisa a relação

entre a edição original e a ulterior reafirmação do tema n. 692 do STJ e o reconhecimento, por parte do TJSP, da reversibilidade dos efeitos das decisões judiciais nos processos previdenciários, por meio da aplicação do referido tema nos seus acórdãos.

Esse recorte objetivo se justifica pelo fato de o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ser o principal demandado nos processos em curso no país, figurando no polo passivo de 4,5% das ações em tramitação em todos os tribunais dos segmentos federal, estadual e trabalhista do país⁶⁴¹. Além disso, a definição acerca da (ir)reversibilidade dos efeitos das decisões judiciais em processos massivos dessa natureza é fundamental para a segurança jurídica processual, garantindo previsibilidade aos litigantes quanto às consequências de suas postulações. Essa questão ganha ainda mais relevância diante do embate existente entre o caráter alimentar das prestações previdenciárias, em favor dos beneficiários, e a necessidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social, conforme estabelece o art. 201 da CRFB/1988⁶⁴².

No recorte institucional, elegeu-se o TJSP, por ser o maior Tribunal Estadual de grande porte do país⁶⁴³, e

⁶⁴⁰ *Ibidem*.

⁶⁴¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Grandes litigantes*. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em: 22 maio 2024.

⁶⁴² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

⁶⁴³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2024*. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em->

por atender aos critérios de pertinência temática, na medida em que detém competência para decidir sobre o tema em análise, e de relevância decisória, visto que a previsibilidade de seu comportamento possibilita que se verifique a compatibilidade entre o entendimento da corte estadual e o firmado pelo STJ no precedente qualificado.

Nesse diapasão, foram examinados acórdãos julgados pelo TJSP durante os seguintes períodos: a) de 13/10/2015 a 03/12/2018 e; b) de 24/05/2022 a 23/05/2024. O primeiro intervalo compreende a data da publicação primeva do tema n. 692 do STJ até a decisão que ulteriormente motivou a deflagração da questão de ordem para reanálise da questão no mesmo tribunal, com a suspensão dos processos sem trânsito em julgado referentes à necessidade ou não de restituição valores recebidos a título de benefícios previdenciários em virtude de antecipação de tutela revogada posteriormente.

O segundo intervalo, por sua vez, abrange os dois anos posteriores à decisão que reafirmou o tema n. 692 do STJ. A escolha desses períodos visa possibilitar o conhecimento do entendimento do TJSP sobre a reversibilidade dos efeitos das decisões judiciais nos processos previdenciários, tanto antes quanto depois da confirmação do referido tema, além de viabilizar uma análise comparativa entre esses momentos.

Para obtenção dos referidos

acórdãos utilizou-se a ferramenta de busca e-SAJ, disponível na página de consulta de jurisprudência do site do respectivo tribunal, por meio da qual foram pesquisados os termos "reforma", "decisão", "antecipa", "tutela" e "devolver", unidos pelo operador booleano "E", havendo ainda a delimitação de assunto para "Direito Previdenciário", classe para "Apelação Cível" e de origem para "2º grau".

Foram obtidos 469 acórdãos, dos quais foram excluídos 56, não pertinentes à análise, por não se adequarem ao âmbito de aplicação do tema n. 692, pois se centravam em discussões adjacentes ao precedente, como a existência ou não de título executivo e a necessidade ou não de discussão da repetibilidade/irrepetibilidade em ação distinta ou, ainda, porque se referiam ao reexame de decisões de processos com trânsito em julgado.

Os 413 acórdãos sobressalentes foram organizados em planilha em formato *Excel* com as seguintes informações: a) número do processo; b) órgão julgador; c) relator; d) data da publicação; e) determinação ou isenção da repetição dos valores percebidos por força da tutela revogada; f) menção ao tema n. 692 do STJ; g) aplicação/não aplicação do tema n. 692 do STJ; h) principais fundamentos utilizados nos acórdãos que não aplicaram o tema n. 692 do STJ e; i) se o julgamento do recurso se deu em regime de apreciação original ou em reexame provocado pela

numeros-2024-v-28-05-2024.pdf. Acesso em: 06 abr. 2025.

Presidência ou Vice-Presidência ante a prévia interposição de recurso especial ao STJ em face da decisão de segundo grau.

Em seguida, os referidos acórdãos foram analisados com base nos seguintes critérios, a fim de responder ao problema de pesquisa proposto:

- a) quantidade de acórdãos que concluíram pela repebitilidade/irrepetibilidade por ano e;
- b) quantidade de acórdãos por ano que concluíram pela repetibilidade/irrepetibilidade por órgão julgador.

Feitas essas considerações, passa-se a análise propriamente dita dos referidos dados.

3.1. QUANTIDADE DE ACÓRDÃOS QUE CONCLUÍRAM PELA REPEBITILIDADE/IRREPETIBILIDADE POR ANO

Este segmento da pesquisa centra-se em examinar, por ano, o número de acórdãos que determinaram a repetibilidade ou a irrepetibilidade dos valores recebidos a título de benefícios previdenciários concedidos por meio de tutela antecipada posteriormente revogada. Para tanto, as decisões pertinentes ao tema foram divididas, inicialmente, em dois grupos: a) acórdãos prolatados em apreciação original e; b) acórdãos proferidos em reexame para fins de juízo de conformidade. Nos referidos grupos obteve-se, respectivamente, 40 e 373 acórdãos. Em seguida, os acórdãos de cada grupo foram

distribuídos por ano.

Dos 40 acórdãos que compõem o primeiro grupo, 2 foram publicados em 2015, 5 em 2016, nenhum em 2017, 7 em 2018, 10 em 2022, 12 em 2023 e 4 em 2024. Em 2015, ambos os acórdãos concluíram pela necessidade de restituição dos valores recebidos a título de benefícios previdenciários à autarquia federal. No ano seguinte, 4 (quatro) acórdãos decidiram pela repetibilidade e 1 pela irrepetibilidade. Em 2017, não foram publicadas decisões que tratassem sobre o assunto em sede de apreciação originária. No ano de 2018, todos os 7 acórdãos determinaram a devolução dos valores oriundos de benefícios previdenciários. Por sua vez, em 2022, 8 acórdãos concluíram pela repetibilidade e 2 pela irrepetibilidade. No ano de 2023, 11 acórdãos prescreveram a repetibilidade e 1 a irrepetibilidade. Por fim, em 2024, 3 acórdãos decidiram pela repetibilidade e 1 pela irrepetibilidade.

Esses dados foram compilados no gráfico 1, que demonstra a proporção de reconhecimento da repetibilidade/irrepetibilidade por ano, em termos percentuais. Da análise desse gráfico pode-se depreender que desde a publicação do tema n. 692 do STJ, em 2015, no mínimo, 75% dos acórdãos prolatados pelo TJSP em apreciação original, por ano, determinaram a repetibilidade dos valores recebidos a título de benefícios previdenciários. Os anos com maior porcentagem de decisões favoráveis à restituição dos valores desses benefícios foram 2015 e 2018, ambos com 100%, ao passo que os anos com

menor percentual foram 2024, com 75%, seguido por 2016 e 2022, ambos com 80%,

Ressalta-se, no entanto, que os dados referentes a 2015 e 2024 podem não representar a realidade de forma fidedigna, visto que não abrangem a totalidade do ano, mas se restringem aos períodos compreendidos entre 13/10/2015 e 31/12/2015 e entre 01/01/2024 e 23/05/2024, respectivamente. Esse fator pode explicar eventuais discrepâncias numéricas observadas nesses anos, uma vez que a amostra de acórdãos analisados em tais anos é limitada a esses intervalos específicos.

De toda forma, observa-se que, embora a Corte Paulista aplique majoritariamente o tema n. 692 do STJ, nos acórdãos por ela proferidos em sede de apreciação originária desde 2015, a reafirmação desse tema em 2022 não resultou em um aumento no número de acórdãos favoráveis à repetibilidade. Isso porque o percentual de acórdãos que determinaram restituição dos valores recebidos a título de benefício previdenciário, tanto em 2022 quanto nos anos subsequentes analisados, manteve-se inferior ao registrado em 2018, último ano de aplicação do tema antes de sua confirmação expressa no julgamento da Petição n. 12482/DF.

Dito isso, passa-se a análise do segundo grupo de acórdãos, composto por 373 decisões, das quais nenhuma foi publicada em 2015, 61 em 2016, 13 em 2017, 11 em 2018, 165 em 2022, 76 em 2023 e 47 em 2024. Conforme mencionado, não houve a publicação de decisões de reexame sobre o tema

em 2015. No ano de 2016, 11 acórdãos concluíram pela repetibilidade e 50 pela irrepetibilidade. Em 2017, 1 acórdão decidiu pela repetibilidade e 12 pela irrepetibilidade. No ano seguinte, todos os 11 acórdãos foram contrários à devolução dos valores proveniente de benefícios previdenciários. Já em 2022, 4 acórdãos prescreveram a repetibilidade e 161 a irrepetibilidade. No ano de 2023, 8 acórdãos concluíram pela repetibilidade e 68 pela irrepetibilidade. Finalmente, em 2024, 5 acórdãos determinaram a restituição dos benefícios previdenciários e 42 não o fizeram.

Essas informações foram apresentadas, em termos percentuais, no gráfico 2, de modo a possibilitar a constatação de que, diferentemente das decisões examinadas originalmente, os acórdãos reapreciados não reconhecem, em regra, a repetibilidade dos benefícios previdenciários percebidos por força de tutela antecipada ulteriormente revogada, em clara afronta ao tema n. 692 do STJ.

Desde 2015, ano da publicação do tema em comento, o ano com o maior percentual de acórdãos que decidiram pela repetibilidade foi 2016, com 18%, enquanto o ano com o menor foi 2018, com 0%. Em 2022, ano da reafirmação do tema, apenas 2% dos acórdãos reapreciados determinaram a devolução dos benefícios previdenciários. Esse percentual passou para 11% em 2023 e manteve-se em 11% em 2024, o que indica um crescimento, ainda que modesto, na adesão desse tribunal ao

tema n. 692, no contexto de reexame para fins de juízo de conformidade.

Nesse passo, observa-se cristalinamente que, após a confirmação da tese de observância obrigatória pelo STJ, houve apenas uma tímida evolução percentual na adoção da repetibilidade dos valores adiantados, nos acórdãos proferidos em sede de reexame, em comparação com o primeiro período analisado. Esse resultado é injustificável, uma vez que, nos termos do art. 927, III, do CPC/2015, os juízes e tribunais nacionais estão obrigados a observar os acórdãos proferidos em julgamento de recursos especiais repetitivos, como é o caso do Recurso Especial n. 1401560/MT, que fixou o tema n. 692 do STJ, posteriormente confirmado no julgamento da Petição n. 12482/DF.

3.2. QUANTIDADE DE ACÓRDÃOS POR ANO QUE CONCLUÍRAM PELA REPETIBILIDADE/IRREPETIBILIDADE POR ÓRGÃO JULGADOR

Analisado o posicionamento do TJSP quanto à repetibilidade/irrepetibilidade dos valores recebidos a título de benefícios previdenciários concedidos por meio de tutela antecipada posteriormente

revogada por ano, mediante a aplicação ou não do tema n. 692 do STJ em seus acórdãos, torna-se relevante examinar, especificamente, como os órgãos fracionários competentes da Corte Paulista têm decidido a respeito dessa matéria em seus julgamentos.

A esse respeito, ressalta-se, inicialmente, que as causas acidentárias são julgadas, no âmbito do TJSP, unicamente pelas 16^a e 17^a Câmaras de Direito Público, conforme art. 3º, III, da Resolução n. 623/2013 de seu Órgão Especial⁶⁴⁴. Desse modo, a análise do entendimento de cada uma dessas câmaras é relevante para compreender a dinâmica decisória sobre o tema n. 692 do STJ no tribunal, inclusive para fins de checagem do quanto determinado no art. 926 do CPC/2015⁶⁴⁵, no sentido de que incumbe aos tribunais o dever de uniformização de sua jurisprudência para mantê-la estável, íntegra e coerente.

De partida, convém examinar os dados decorrentes dos julgamentos que versam sobre a repetibilidade ou a irrepetibilidade dos valores recebidos, de forma precária, a título de benefício previdenciário, por força de tutela antecipada ou provisória de urgência posteriormente reformada. Iniciar-se-á pela análise das decisões que

⁶⁴⁴ “[...] III - 16^a e 17^a Câmaras, com competência preferencial para as ações relativas a acidente de trabalho fundada no direito especial”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Resolução n. 623/2013*. Dispõe sobre a composição do Tribunal de Justiça, fixa a competência de suas Seções e dá outras providências. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedori>

a/Deex/Resolucoes/Resolucao623.2013-CompetenciaC3%A2marasTJSP.pdf. Acesso em: 06 abr. 2025.

⁶⁴⁵ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

reconheceram a possibilidade de devolução desses valores.

No ano de 2015, a pesquisa identificou apenas 2 acórdãos, ambos proferidos pela 17ª Câmara de Direito Público, os quais concluíram pela repetibilidade dos valores percebidos a título de benefício previdenciário em razão de tutela precária ulteriormente revertida. As duas decisões foram prolatadas em sede de exame original de recurso de apelação.

Em 2016, a 17ª Câmara de Direito Público proferiu 4 decisões determinando a devolução dos montantes recebidos por meio de tutela de urgência posteriormente revogada, em sede de apreciação originária de recurso de apelação. Por sua vez, em reexame obrigatório, nos termos dos arts. 1.030, II, ou 1.040, II, do CPC/2015, foram registrados 11 julgamentos no mesmo sentido, sendo 3 da 16ª Câmara e 8 da 17ª Câmara.

No ano de 2017, a 17ª Câmara de Direito Público proferiu 1 acórdão determinando a repetibilidade dos valores, em reexame provocado pelo precedente firmado no tema n. 692 do STJ. Em 2018, a referida Câmara manteve essa orientação, com 7 julgamentos favoráveis ao ressarcimento, todos em apreciação originária.

No ano de 2022, em um universo de 175 processos analisados, constatou-se que 8 acórdãos, em sede de apelação originária, e 4, em reapreciação recursal, reconheceram a repetibilidade das quantias percebidas, todos proferidos pela 17ª Câmara de Direito Público do TJSP. Já em 2023, houve 11 julgamentos de

casos não analisados previamente e 8 reexames, nos quais se reconheceu a necessidade de restituição dos benefícios previdenciários pelo autor. Desses, 5 foram prolatados pela 16ª Câmara e 14 pela 17ª Câmara. Por fim, em 2024, a 17ª Câmara decidiu pela repetibilidade em 3 processos analisados em sede de avaliação recursal primeva e em 5 processos reexaminados após a interposição de recurso especial.

O gráfico 3 registra essas informações visualmente ano a ano. Consigne-se que a 16ª Câmara decidiu pela repetibilidade apenas em dois dos sete anos, completos ou parciais, que compõem o período examinado, ao passo que a 17ª Câmara decidiu nesse sentido em todos os anos.

No caso da 16ª Câmara, as decisões favoráveis à devolução dos valores ocorreram, inicialmente, em 2016, com três julgados, o que evidencia a volatilidade da compreensão do órgão quanto à aplicação do tema n. 692, em sua redação original. Por sua vez, em 2023, foram identificados 5 processos em que a 16ª Câmara decidiu pela repetibilidade, ressaltando-se a particularidade desses processos terem sido revistos após o órgão já ter reafirmado a própria posição em momento anterior nos mesmos autos e os feitos retornarem mais uma vez, desta feita diretamente do próprio STJ, para adequação ao precedente impositivo. Malgrado, como já mencionado, no ano de 2023 e no primeiro período de 2024 a 16ª Câmara, de forma majoritária, resolveu pela não devolução dos valores recebidos.

Conforme se visualiza no gráfico 4, a análise global dos acórdãos que concluíram pela repetibilidade revela que a 17ª Câmara se sobressai nesse entendimento. Dos 64 julgados analisados, 56 foram exarados por esse órgão fracionário, o que representa uma expressiva proporção de 87,5%. Por outro lado, a 16ª Câmara emitiu apenas 8 decisões (12,5%) que acolheram a pretensão da autarquia previdenciária de restituição dos valores pagos em decisões reformáveis.

A discrepância acima verificada é corroborada pelo estudo quantitativo dos julgados em sentido adverso. Doravante, serão expostos os resultados da coleta de julgados que decidiram pela irrepetibilidade dos valores recebidos a título de benefício previdenciário em decorrência de tutela precária revertida em decisão final.

Em 2015, não houve decisões que conduzissem a essa conclusão. No ano de 2016, 1 decisão foi proferida em caso originário imediato do primeiro grau, enquanto 50 decisões foram proferidas em reapreciação, todas concluintes pela irrepetibilidade. Em 2017, 12 feitos foram reanalisados, mas não ocorreu adesão ao precedente do STJ. Não houve julgamento de recurso de apelação originário nesse ano. Já em 2018, 11 autos reexaminados mantiveram a conclusão anterior, pela não devolução de qualquer quantia.

Por sua vez, em 2022, 2 julgados em recursos advindos de sentenças e expressivos 161 reapreciados ante a reafirmação do entendimento pretoriano superior resolveram pela

não restituição dos montantes adiantados pela decisão revertida. Em 2023, 1 caso ainda não analisado pelo colegiado e 68 reapreciados seguiram a mesma linha. No ano de 2024, até a data do encerramento da coleta, 42 julgamentos em reavaliação concluíram pela irrepetibilidade.

Um dos grandes pontos de destaque na análise das decisões que se firmaram pelo não reembolso por parte do beneficiário de prestações previdenciárias precariamente concedidas após a edição do precedente do STJ é a identificação de que as decisões desse tipo, no período analisado, emanaram da 16ª Câmara de Direito Público. Nenhuma conclusão pela irrepetibilidade das quantias adveio da 17ª Câmara. O gráfico 5 ilustra, ainda, que, mesmo após a reafirmação da higidez do precedente em 2022, a 16ª Câmara não apenas manteve o seu posicionamento, mas incrementou o seu entendimento dissonante. O ápice em 2022 se justifica pela publicação da reafirmação do tema pelo STJ, com retorno à tramitação dos autos que estavam suspensos desde o final de 2018 quando da suscitação da questão de ordem e novo sobrestamento por essa Corte.

Nesse passo, pode-se aferir como resultado da pesquisa fragmentada por órgão julgador que, a uma, a 17ª Câmara do TJSP, desde a edição original do tema n. 692 do STJ, dobrou-se à norma jurídica emitida por esse, examinando os casos recém-ingressos por recurso ou revisitando, por provocação, casos já decididos em sentido contrário, resolvendo pela

obrigação do autor da ação judicial de devolver benefícios previdenciários indevidamente recebidos em face de reforma da decisão que antecipou a tutela final.

Em contraposição, a 16ª Câmara do TJSP, conquanto tenha dado lampejos de atenção ao precedente obrigatório, gerado a partir de recurso especial repetitivo assim reconhecido pelo STJ, com o total de irrisórias 8 decisões compatíveis com o que definido no tema n. 692 dessa Corte Superior, resiste de forma amplamente prevalente à sua aplicação. No total, 348 julgamentos proferidos pela 16ª Câmara, tanto em análise recursal primária quanto em reapreciações para juízo de conformidade, mantiveram o entendimento consolidado desse órgão, em aviltamento à decisão pretoriana superior, o que representa um percentual de 97,75%.

Para justificar essa posição, a 16ª Câmara apresentou diversos fundamentos. O principal foi o entendimento firmado pelo STF no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 734242/DF, segundo o qual os valores recebidos de boa-fé a título de benefício previdenciário não seriam passíveis de devolução, em virtude de sua natureza alimentar.

No entanto, outros argumentos também foram invocados, ora de forma autônoma, ora combinados entre si ou com o fundamento principal anteriormente mencionado. São eles: a) a suposta ausência de força vinculante do tema n. 692 do STJ para os tribunais estaduais; b) a alegada

inaplicabilidade do referido tema nos casos em que não há benefício vigente; c) a possibilidade de que a devolução dos valores, por meio de desconto em benefício de natureza substitutiva de remuneração, viole o art. 201, § 2º, da CRFB/1988; d) a natureza social da ação acidentária; e) a inércia do INSS em adotar as providências necessárias para cessar a tutela antecipada após sua revogação judicial e; f) o fato de o acórdão objeto de reexame ter sido proferido antes da fixação do tema repetitivo em análise.

No que concerne ao primeiro argumento, a 16ª Câmara sustentou que, embora o STJ tenha consolidado o entendimento pela repetibilidade dos valores dos benefícios previdenciários recebidos indevidamente por meio de tutela antecipada posteriormente revogada, tal orientação não teria efeito vinculante sobre os tribunais estaduais, como o TJSP, os quais poderiam adotar interpretação própria sobre a matéria.

Quanto à alegação de inaplicabilidade do tema n. 692 do STJ nos casos em que não há benefício vigente, a Câmara argumentou que, nos termos do art. 115, II, da Lei n. 8.213/1991, a restituição dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário deveria ser realizada por meio de descontos em benefício ativo do segurado. Desse modo, conforme o referido órgão fracionário, inexistindo benefício vigente, não haveria meio legal para efetivar a devolução dos valores em questão.

O terceiro fundamento diz respeito à vedação expressa do art. 201,

§ 2º, da CRFB/1988, que proíbe que os benefícios substitutivos da remuneração do segurado tenham valor inferior ao salário-mínimo⁶⁴⁶. Para a 16ª Câmara, a devolução de valores por meio de descontos em benefícios dessa natureza, cujo valor mensal corresponda ao salário-mínimo, violaria essa garantia, tornando a restituição inviável nesses casos.

A natureza social da ação acidentária também foi invocada, ainda que de modo superficial, como justificativa para a irrepetibilidade dos valores. Contudo, a 16ª Câmara não definiu claramente em que consistiria essa natureza nem explicou como ela fundamentaria a exclusão da obrigação de devolução dos valores recebidos de forma indevida.

Já o argumento relacionado à inércia da autarquia federal baseia-se na compreensão da 16ª Câmara de que competia ao INSS adotar as providências necessárias para cessar o cumprimento da tutela antecipada após sua revogação. Assim, a omissão da autarquia em interromper o pagamento do benefício afastaria, segundo esse órgão fracionário, a obrigação de restituição dos valores pagos indevidamente.

Por fim, em alguns casos em que a irrepetibilidade foi determinada em sede de reexame para juízo de conformidade, a Câmara fundamentou sua decisão no fato de os acórdãos reexaminados terem sido proferidos antes da edição do tema n. 692 do STJ,

o que, conforme entendimento do referido órgão fracionário, implicaria sua não submissão à orientação firmada nesse precedente e justificaria a manutenção da decisão original.

Não bastasse a renitência da 16ª Câmara de Direito Público em ajustar-se ao tema n. 692 do STJ, em desatenção ao referido art. 927, III, do CPC/2015, evidencia-se, ademais, uma antinomia extrema entre os dois únicos órgãos fracionários internos do TJSP que decidem sobre a matéria. A 16ª Câmara, com 97,75% de suas decisões pela irrepetibilidade dos valores recebidos a título de benefícios previdenciários precários, em razão de decisão judicial não transitada em julgado, contrasta com a 17ª Câmara, com 100% de suas decisões pela repetibilidade das mesmas verbas. Tal discrepância configura uma grave ofensa ao art. 926 do CPC/2015, uma vez que a jurisprudência do Tribunal está distante de ser uniformizada, e, por conseguinte, de ser estável, íntegra e coerente no ponto em análise.

Como possível causa para a persistente divergência entre as referidas Câmaras pode-se citar o apego da 16ª Câmara ao entendimento manifestado pelo STF em um único julgado pontual, o Acórdão em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 734242/DF, que, conforme já mencionado, foi utilizado por esse órgão fracionário como principal fundamento para decidir pela irrepetibilidade dos valores recebidos.

⁶⁴⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui

cao/constituicao/compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

Vale mencionar, contudo, que esse acórdão abordou colegiadamente, no âmbito da 1ª Turma, o recurso de agravo regimental interposto em face da decisão monocrática prolatada em 28/04/2015 pelo Ministro Luís Roberto Barroso — menos de um mês após o tema n. 799 —, no qual não admitiu recurso extraordinário em virtude de o acórdão recorrido, oriundo do STJ, estar em consonância com a jurisprudência então predominante do STF, que reconhecia a irrepetibilidade dos valores recebidos em decorrência de decisão precária concessiva de benefício previdenciário. Mencione-se, outrossim, que a decisão colegiada da 1ª Turma negatória do agravo regimental em comento é um mês anterior à publicação do tema n. 692 do STJ.

Destaca-se, ainda, que o próprio STF, ulteriormente, de maneira reiterada e em datas anteriores à maioria dos julgados do TJSP analisados neste estudo, sustentou a inadmissão da discussão da matéria no âmbito daquela Corte, em aderência ao tema n. 799. É o caso do Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo n. 888.551, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, no âmbito do Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2016 e publicado em 22/11/2016⁶⁴⁷.

Destarte, constata-se que a divergência absoluta entre os dois

órgãos fracionários do TJSP com competência privativa para julgar demandas acidentárias parece decorrer, em grande medida, do apego dos integrantes da 16ª Câmara a uma única decisão do STF que, em um primeiro momento, abordou, monocraticamente, o mérito da questão de maneira contraditória menos de um mês após a edição do tema n. 799 da própria Corte, que entendeu pela infraconstitucionalidade da controvérsia, com reafirmação ulterior em órgão fracionário no julgamento do recurso interno um mês antes da publicação da tese obrigatória emanada no tema n. 692 do STJ.

Esse apego dos integrantes do referido órgão fracionário ao entendimento ultrapassado do STF e a consequente perpetuação da divergência jurisprudencial podem advir da adoção de uma postura tradicionalista, que confere prevalência incondicional às decisões emanadas da Corte Constitucional, agregada, possivelmente, a uma necessidade do julgador de justificar o descumprimento indevido do precedente obrigatório fora dos casos legítimos de superação e distinção, com o intuito de preservar sua posição pessoal contrária que, entretanto, deseja perpetuar, mormente quando ignora decisões posteriores do STF — mas anteriores aos seus julgados —

⁶⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo n. 888551*. Embargante: Maria Pereira Barbosa Silva. Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Data

do julgamento: 09 de novembro de 2016. Data da publicação: 22 de novembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur360530/false>. Acesso em: 06 abr. 2025.

pela controvérsia infraconstitucional do tema.

A isto se associa o conservadorismo de uma parcela da magistratura no que tange à resistência na aplicação de precedentes obrigatórios, seja por simpatia a uma visão tradicional de irrestrição ao princípio da independência funcional, de arcabouço constitucional (art. 95 da CRFB/1988)⁶⁴⁸, seja em face de uma interpretação deturpada do ideal do livre convencimento, que nem mais é “livre”, nos termos do art. 371 do CPC/2015, e que se refere à questão fático-probatória, a par da interpretação jurídica que é meramente consequente⁶⁴⁹.

Some-se a tudo a baixa força coercitiva interna do precedente obrigatório, já que o seu renitente descumprimento sistemático pelo tribunal estadual, na atual sistemática processual, acarreta tão somente a admissibilidade do recurso especial e/ou extraordinário em face da decisão contrária, conforme o caso, nos termos

do art. 1.030, II, c/c art. 1.041 do CPC/2015⁶⁵⁰.

Essa fragilidade institucional é agravada pela impossibilidade de utilização de importantes instrumentos de uniformização jurisprudencial, como o Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR), cuja instauração é vedada, no presente contexto, pelo art. 976, § 4º, do CPC/2015, em razão da existência de definição superior pelo STJ⁶⁵¹.

De igual modo, o instituto da reclamação, embora em tese cabível para assegurar a observância de recursos especiais repetitivos após o esgotamento das instâncias ordinárias, nos termos do art. 988, § 5º, II, também não é aplicável ao presente caso. Isso porque o STJ, ao julgar a Reclamação n. 36.476/SP, firmou entendimento no sentido de que esse instituto não pode ser utilizado para fins de exame da aplicação de precedente oriundo de recurso especial repetitivo⁶⁵².

Outra hipótese a ser considerada para a persistência da

⁶⁴⁸ CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da; CARVALHO, Carolina Teles. Sistema de precedentes no código de processo civil: fundamentação constitucional e pontos críticos de sua recepção no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 23, n. 2, p. 510-538, 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/59364>. Acesso em: 31 mar. 2025.

⁶⁴⁹ NASCIMENTO, Elisa de Miranda do. O princípio do livre convencimento motivado sob o enfoque da observância dos precedentes judiciais instituídos pelo código de processo civil. *Revista da ESMESC*, v. 30, n. 36, p. 230-254, 2023. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/402/301>. Acesso em: 31 mar. 2025.

⁶⁵⁰ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

⁶⁵¹ *Ibidem*.

⁶⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *Reclamação n. 36476/SP (2018/0233708-8)*. Reclamante: Adilson Riva e outros. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 05 de fevereiro de 2020. Data da publicação: 06 de março de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802337088&dt_publicacao=06/03/2020. Acesso em: 06 abr. 2025.

divergência entre a 16ª e a 17ª Câmaras é o possível desconhecimento, por parte de alguns magistrados, da tese firmada no tema n. 692 do STJ. Esse desconhecimento pode decorrer tanto da ausência de mecanismos eficazes de divulgação institucional de precedentes quanto da dificuldade dos julgadores de se manterem atualizados diante da produção acelerada de jurisprudência pelos tribunais superiores. Como consequência, entendimentos já superados podem continuar a ser aplicados, intensificando o descompasso entre órgãos com a mesma competência.

Diante do exposto, constata-se que a superação dessa divergência jurisprudencial existente entre as referidas Câmaras do TJSP exige a adoção de mecanismos tanto de natureza processual quanto não processual de uniformização jurisprudencial, voltadas à uniformização jurisprudencial. No âmbito dos mecanismos processuais, destaca-se como instrumento de especial importância a súmula, que nos termos do art. 926, § 1º, do CPC/2015, pode ser editada pelos tribunais, na forma estabelecida pelo regimento interno de cada um deles e conforme os seus pressupostos, para consignar sua jurisprudência dominante⁶⁵³. Nesse sentido, o TJSP pode, em conformidade com o

disposto nos arts. 190 e seguintes de seu regimento interno⁶⁵⁴, editar um enunciado de súmula que reproduza a tese fixada no tema n. 692 do STJ, divulgando o conteúdo dessa e reafirmando sua aplicabilidade obrigatória no âmbito da Corte Paulista.

Por sua vez, na seara não processual, destaca-se como ferramenta fundamental para a promoção da uniformização jurisprudencial a realização de ações institucionais destinadas à capacitação contínua de magistrados, desembargadores e servidores do Poder Judiciário. Tais iniciativas podem se concretizar por meio da oferta de seminários, cursos, oficinas e eventos temáticos, promovidos pelas Escolas Judiciais ou pelos próprios tribunais, com foco na difusão e atualização acerca dos entendimentos firmados pelos tribunais superiores, especialmente aqueles dotados de caráter vinculante. Essas atividades formativas devem enfatizar não apenas o conteúdo das teses jurisprudenciais vigentes, como também a obrigatoriedade de sua observância pelos órgãos jurisdicionais inferiores, contribuindo, assim, para a redução de decisões dissonantes e para o fortalecimento da coerência e integridade do sistema de precedentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁶⁵³ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

⁶⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Regimento Interno do Tribunal de Justiça*. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/RegimentoInternoTJSP.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2025.

A tutela provisória de urgência, quando o mero acautelamento do direito não for possível ou suficiente, antecipa os próprios efeitos da tutela jurisdicional final com fundamento em verificação de uma probabilidade jurídica. Essa probabilidade, contudo, ao final, pode não se confirmar, diante dos argumentos ulteriores da parte a quem a tutela antecipatória prejudicou e do resultado das provas produzidas em contraditório judicial.

Em face disso, o ordenamento jurídico prevê que, a uma, a tutela provisória só poderá ser concedida se seus efeitos forem reversíveis e, a duas, estabelece que, em caso de julgamento desfavorável à parte a quem se antecipou os efeitos da tutela final outrora, será essa compelida a indenizar a parte prejudicada, sendo responsável objetivamente pelos danos experimentados. O ressarcimento se fará, conforme dicção legal expressa, nos mesmos autos, após liquidação.

Nos casos de ações judiciais que em que se reclama benefícios previdenciários, de grande volume nos escaninhos físicos e eletrônicos das unidades jurisdicionais Brasil afora, sempre houve forte celeuma quanto ao ponto, mormente em razão da sucessão de leis no tempo e das respectivas leituras jurisprudenciais. É que, dadas as peculiaridades da pretensão veiculada, havia tendência de considerar os valores percebidos por força de decisão judicial precária como irrepetíveis, mesmo frente a uma posterior decisão final contrária. Tal se dava por se considerar que os numerários adiantados teriam caráter

alimentar e/ou que os beneficiários os teriam recebido de boa-fé, já que amparados em decisão judicial, ainda que provisória.

Todavia, o STJ, sob a sistemática dos recursos repetitivos, fixou o tema n. 692, em 2015, em que entendeu que a reforma da decisão que adianta os efeitos da tutela final obriga o beneficiário de prestações previdenciárias recebidas por força daquela a devolver os valores embolsados, então, indevidamente. Aperfeiçoou-se essa conclusão posteriormente, em questão de ordem decidida em 2022, para admitir a possibilidade de abatimento administrativo de até 30% de benefício que estiver ainda sendo pago para viabilizar o ressarcimento.

A referida tese é importante precedente, que, em princípio, deve ser observado obrigatoriamente pelos juízes e tribunais brasileiros, salvo distinção ou superação. Nesse sentido, a pesquisa buscou evidenciar se houve adesão pelas cortes nacionais em relação ao tema n. 692 do STJ, inclusive no que toca a adequada realização de distinção, nesta oportunidade, no específico recorte do TJSP.

Por meio desta pesquisa, observou-se que muito embora, como regra, prevaleça na análise primária dos recursos de apelação imediatamente vindos do primeiro grau, a aplicação do tema n. 692 do STJ, ao se somar essas decisões àquelas havidas em reexame provocado para ajustamento ao precedente ante a anterior acórdão em sentido adverso, predomina percentualmente no TJSP a jurisprudência no sentido da

irrepetibilidade dos valores, pelos argumentos elencados no tópico 3.1, notadamente o caráter alimentar do benefício e a afirmada boa-fé daquele que o recebe sob a chancela judicial.

Em relação à abordagem por órgão fracionário, atentando-se à verificação de que duas Câmaras de Direito Público, quais sejam, a 16ª e a 17ª, têm competência preferencial para os casos de acidentes de trabalho, incluída naturalmente a matéria previdenciária, a avaliação dos dados conclui que a quase totalidade das decisões exaradas pela 16ª Câmara de Direito Público adota a linha da não repetição das quantias vertidas ao autor da ação e que, em postura diametralmente oposta, o entendimento uníssono da 17ª Câmara é pelo pleno atendimento do tema n. 692 do STJ, autorizando a devolução com a reforma da decisão anterior outorgadora.

Mencionada constatação reflete deleterianamente na imagem externa do Poder Judiciário, na confiabilidade e previsibilidade das decisões judiciais frente ao jurisdicionado, destinatário último e real protagonista do serviço judiciário. É que a dissonância interna o expõe a uma álea vinculada a um algoritmo de distribuição de recursos na Corte paulista para importante definição em sua vida pessoal e gestão de patrimônio, não raras vezes limitados, qual seja, se precisará ou não ressarcir ao Erário previdenciário prestações percebidas precariamente, as quais podem resultar, no somatório, em um montante substancial, seja pela ótica objetivo-nominal ou mesmo pela subjetivo-relacional de quem as aufere.

Os resultados obtidos permitem instruir a academia e a praxe forense sobre o atual posicionamento do TJSP sobre o tema. A constatação das posições absolutamente antagônicas entre as duas câmaras do Poder Judiciário paulista com competência privativa para julgar demandas acidentárias, tema de notória sensibilidade social, evidencia um quadro de insegurança jurídica e imprevisibilidade para os jurisdicionados. Tal disparidade decisória estimula a interposição de recursos, uma vez que o sucumbente em grau anterior, parte ou órgão previdenciário, terá sempre uma chance de 50% de reverter a derrota quanto a (ir)reversibilidade das quantias precariamente adiantadas, efeito aleatório inverso ao desejado pela instalação da sistemática de precedentes de observância obrigatória robustecido pelo CPC/2015.

Por outro lado, nota-se que no tema n. 692 do STJ, bem ou mal, fora adotada uma definição jurídica sobre a matéria que deveria ser seguida pelos tribunais. Contudo, a persistência da divergência jurisprudencial ao longo do tempo — revelada pela identificação, na presente pesquisa, de julgados em desconformidade com o referido precedente desde 2017 até o ano de 2024 — suscita questionamentos sobre os propósitos do sistema de precedentes de observância obrigatória, quais sejam, estabilidade, integridade e coerência propugnadas no art. 926 do CPC/2015, e, mais ainda, sobre a eficácia dos mecanismos de controle processual para uniformização jurisprudencial. Isso

porque a renitência dos integrantes da 16ª Câmara de Direito Público em se alinhar à tese fixada perdura há mais de sete anos e impõe ao jurisdicionado a necessidade de percorrer etapas adicionais para buscar o cumprimento do precedente, desperdiçando recursos públicos valiosos e alongando desnecessariamente o tempo de tramitação do processo.

Enfim, mormente diante da recente terceira análise e reformulação do tema n. 692 do STJ, em outubro de 2024, na qual se manteve o núcleo principal da tese, recomenda-se a realização de pesquisas futuras com o propósito de verificar a eventual adoção de mecanismos de uniformização da jurisprudência do tribunal paulista sobre a matéria e/ou uma futura mudança de entendimento por parte de um dos dois órgãos fracionários indicados, preferencialmente da 16ª Câmara de Direito Público, no sentido de promover o alinhamento ao precedente obrigatório, para a restauração da previsibilidade e da segurança jurídica quanto à (ir)reversibilidade dos valores obtidos mediante tutela de urgência posteriormente superada pelo julgamento de mérito em sentido contrário.

REFERÊNCIAS

BALDUINO, Maria Clara de Jesus Maniçoba. A devolução dos valores recebidos por benefícios previdenciários concedidos por tutela antecipada posteriormente revogada: análise jurisprudencial dos tribunais superiores

brasileiros. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 12, n. 2, p. 64–89, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/19164>. Acesso em: 13 maio 2024.

BEZERRA, Andrea; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A tutela provisória e sua aplicação nas demandas ligadas ao direito à saúde. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 7, n. 5, p. 10-20, 2021. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/5/2021_05_0207_0226.pdf. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 10.435, de 19 de junho de 2018*. Altera a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, para exonerar o segurado ou seus dependentes de restituir valores de benefícios previdenciários recebidos por força de decisão judicial que concede tutela provisória posteriormente revogada ou modificada. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2179306>. Acesso em: 15 maio 2024.

BRASIL. Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal. *Nota Técnica n. 005/2017*. Disponível em: [Periódico Quadrimestral da Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual.
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira \(*in mem.*\).
\[www.redp.uerj.br\]\(http://www.redp.uerj.br\)](https://www.cjf.jus.br/cjf/correedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas/nt-05_2017-restituicao-</p>
</div>
<div data-bbox=)

de-pagamentos-de-beneficios-
previdenciarios-em-
antecipacao-de-tutela-
inss/@@download/arquivo.

Acesso em: 12 maio 2024.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. *Jornada de Direito Processual Civil: enunciados aprovados*. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/correge-doria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil/i-jornada-de-direito-processual-civil-enunciados-aprovados/@@download/arquivo>. Acesso em: 29 mar. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Grandes litigantes*. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2024*. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024-v-28-05-2024.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2025.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 05 jun. 2024.

BRASIL. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

BRASIL. *Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997*. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9494.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

BRASIL. *Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997*. Altera os dispositivos das Leis n.s 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9528.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

BRASIL. *Lei n. 13.846, de 18 de junho de 2019*. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por

Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade; altera as Leis nºs 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 7.783, de 28 de junho de 1989, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 9.620, de 2 de abril de 1998, 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.796, de 5 de maio de 1999, 10.855, de 1º de abril de 2004, 10.876, de 2 de junho de 2004, 10.887, de 18 de junho de 2004, 11.481, de 31 de maio de 2007, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; e revoga dispositivo da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e a Lei nº 11.720, de 20 de junho de 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13846.htm.

Acesso em: 05 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Boletim de Precedentes*. 19. ed. Brasília, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/processo/precedentes/2018/19_boletim_precedentes_stj_20181219.pdf. Acesso em: 12 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *Embargos de Divergência em Recurso Especial*

n. 1086154/RS (2012/0114393-1). Embargante: União. Embargado: Ricardo Augusto Paganini. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 20 de novembro de 2013. Data da publicação: 19 de março de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201143931&dt_publicacao=19/03/2014. Acesso em: 06 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *Reclamação* n. 36476/SP (2018/0233708-8). Reclamante: Adilson Riva e outros. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 05 de fevereiro de 2020. Data da publicação: 06 de março de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802337088&dt_publicacao=06/03/2020. Acesso em: 06 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. *Embargos de Declaração na Petição* n. 12482/DF (2018/0326281-2). Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social. Embargado: Defensoria Pública da União e outros. Relator: Ministro Afrânio Vilela. Data do julgamento: 09 de outubro de 2024. Data da publicação: 11 de outubro de 2024. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/docu>

mento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=271425615&registro_numero=201803262812&peticao_numero=202200521087&publicacao_data=20241011&formato=PDF. Acesso em: 06 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. *Petição n. 12482 (2018/0326281-2)*. Requerente: Ministro Og Fernandes. Requerido: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Og Fernandes. Data do julgamento: 11 de maio de 2022. Data da publicação: 24 de maio de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803262812&dt_publicacao=24/05/2022. Acesso em: 06 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. *Recurso Especial n. 1384418/SC (2013/0032089-3)*. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Herondina Ferreira. Relator: Ministro Herman Benjamin. Data do julgamento: 12 de junho de 2013. Data da publicação: 30 de agosto de 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300320893&dt_publicacao=30/08/2013. Acesso em: 06 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. *Recurso Especial n. 1401560/MT (2012/0098530-1)*. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Catarina Batista Dias. Relator:

Ministro Sérgio Kukina. Data do julgamento: 12 de fevereiro de 2014. Data da publicação: 13 de outubro de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200985301&dt_publicacao=13/10/2015. Acesso em: 12 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2.391.479/SP*. Agravante: Jose Carlos Ferro. Agravado: Unimed – São José do Rio Preto – Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Ministro Raul Araújo. Data do julgamento: 08 de abril de 2024. Data da publicação: 19 de abril de 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=238999361&registro_numero=202302077109&peticao_numero=202301157796&publicacao_data=20240419&formato=PDF. Acesso em: 06 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema Repetitivo n. 692*. Brasília, 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=692&cod_tema_final=692. Acesso em: 12 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 734242/DF*. Agravante: Instituto

Nacional do Seguro Social. Agravado: Maria Alves Muller. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento: 04 de agosto de 2015. Data da publicação: 08 de setembro de 2015. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur318411/false>.

Acesso em: 06 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema n. 799*. Brasília, 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4330792&numeroProcesso=722421&classeProcesso=ARE&numeroTema=799>. Acesso em: 12 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 675*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data do julgamento: 06 de outubro de 1994. Data da publicação: 20 de junho de 1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur36386/false>. Acesso em: 20 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo n. 888551*. Embargante: Maria Pereira Barbosa Silva. Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Data do julgamento: 09 de

novembro de 2016. Data da publicação: 22 de novembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur360530/false>. Acesso em: 06 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 729*. Brasília, 2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2705>. Acesso em: 14 maio 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Regimento Interno do Tribunal de Justiça*. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/RegimentoInternoTJSP.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Resolução n. 623/2013*. Dispõe sobre a composição do Tribunal de Justiça, fixa a competência de suas Seções e dá outras providências. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/Deex/Resolucoes/Resolucao623.2013-CompetenciaC3%A2marasTJSP.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2025.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. *Súmula n. 51*. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=51>. Acesso em: 12 maio 2024.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Manual de direito processual civil*. 2. ed.

- Barueri: Atlas, 2023.
- CINTRA, Antônio Carlos *et al.* *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da; CARVALHO, Carolina Teles. Sistema de precedentes no código de processo civil: fundamentação constitucional e pontos críticos de sua recepção no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 23, n. 2, p. 510-538, 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/59364>. Acesso em: 31 mar. 2025.
- DEMO, Roberto Luis Luchi. Devolução de benefício previdenciário recebido em virtude de antecipação de tutela posteriormente revogada: análise jurídica e econômica e a superveniência da Lei 13.846/2019. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 32, n. 3, p. 16–27, 2020. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/229/158>. Acesso em: 8 maio 2024.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2.
- FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões — MAD. *Universitas Jus*, n. 21, p. 1-17, 2010. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206/1149>. Acesso em: 22 maio 2024.
- FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado n. 419*. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2025.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Gen/Método, 2019.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.
- GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- MARCATO, Antônio Carlos. *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Juliana Rielli Silveira D'Angeles; VELOSO, Cynara Silde Mesquita. A (in)compatibilidade da tese firmada pelo STJ no tema 692 sobre a repetibilidade dos benefícios previdenciários recebidos de boa-fé em tutela provisória com a dignidade da pessoa humana. *Revista Quaestio Iuris*, v. 13, n. 03, p.1460-1492, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/45579/36388>.

Acesso em: 2 maio 2024.

NASCIMENTO, Elisa de Miranda do. O princípio do livre convencimento motivado sob o enfoque da observância dos precedentes judiciais instituídos pelo código de processo civil. *Revista da ESMESC*, v. 30, n. 36, p. 230-254, 2023. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/402/301>. Acesso em:

31 mar. 2025.

PIZZOL, Patrícia Miranda; MIRANDA, Gilson Delgado. A tutela de urgência como instrumento de acesso à justiça. *Revista de Processo*, v. 45, n. 302, p. 175-216, 2020.

SILVA, Beclaute Oliveira. Tutela provisória no código de processo civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 25, n. 1, p. 40-61, 2024. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/81883>. Acesso em: 2 jun. 2024.

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

ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. Tutela provisória: responsabilidade pelos danos decorrentes de sua implementação. *Revista dos Tribunais*, v. 110, n. 1028, p. 327-345, 2021.

ANEXOS

GRÁFICOS

Gráfico 1 - Repetibilidade/irrepetibilidade por ano, nos acórdãos objetos de apreciação originária

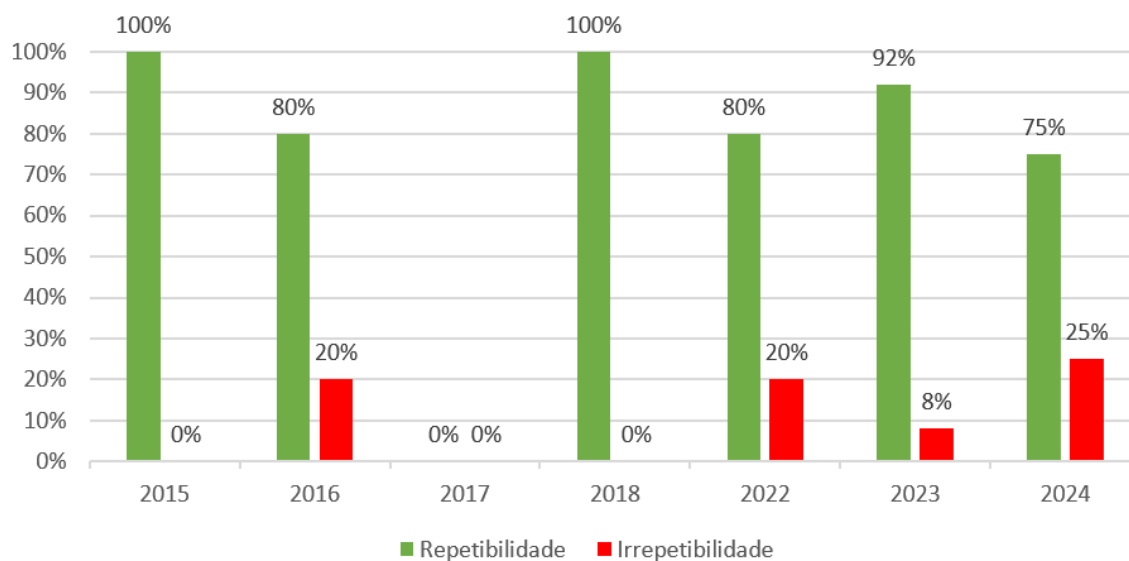


Gráfico 2 - Repetibilidade/irrepetibilidade por ano, nos acórdãos objetos de reexame

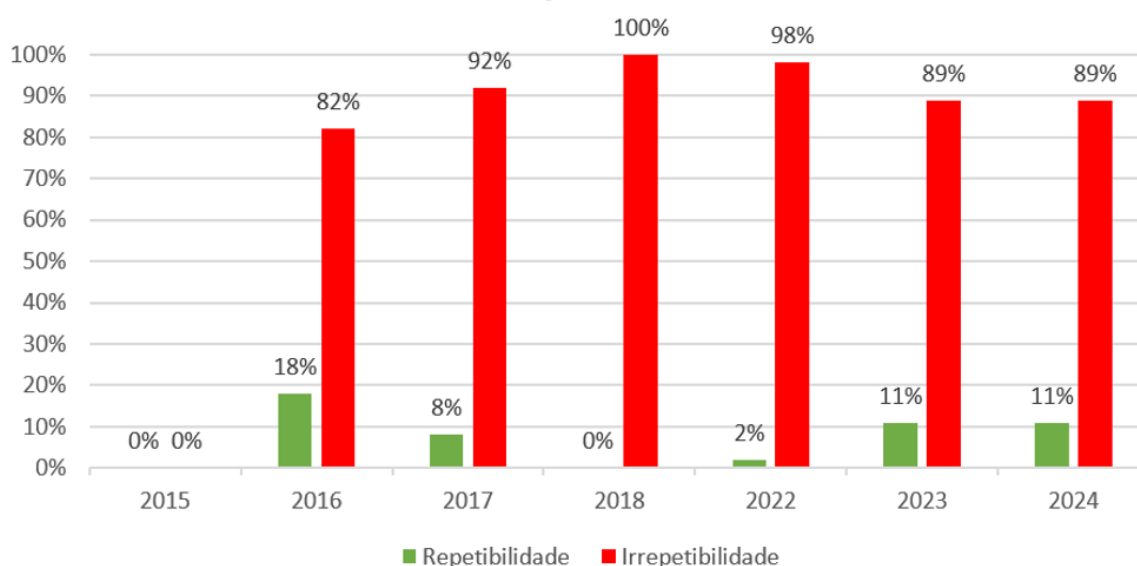


Gráfico 3 - Repetibilidade por órgão julgador, ano a ano

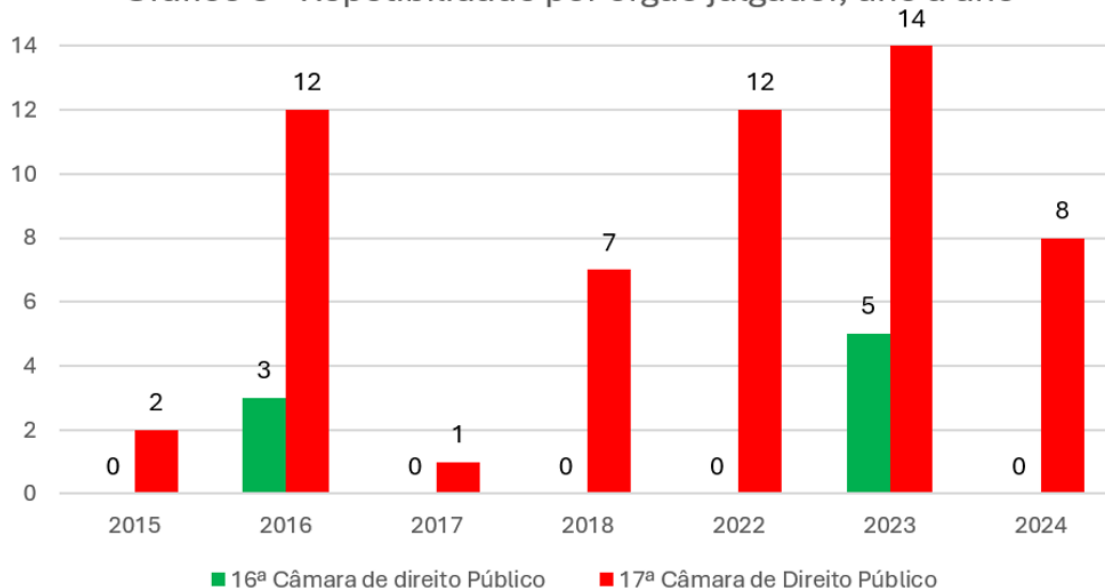
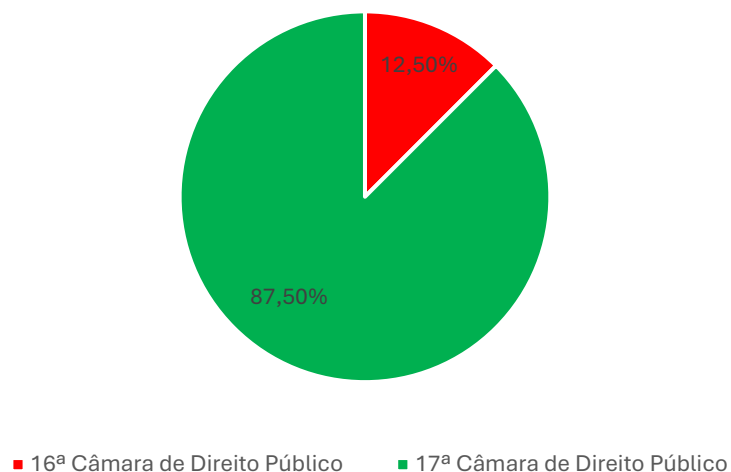


Gráfico 4 - Proporção de decisões favoráveis à repetibilidade por órgão julgador



DISPUTAS ARGUMENTATIVAS TRANSNACIONAIS SOBRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM PROCESSOS DE SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS⁶⁵⁵

TRANSNATIONAL ARGUMENTATIVE DISPUTES ON DOMESTIC VIOLENCE IN INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION PROCESSES

Paulo Alves Santos

Doutorando em Direito, Estado e Constituição na Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Especialista em argumentação jurídica pela Universidade de Alicante/Espanha. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Analista Judiciário no Superior Tribunal de Justiça - STJ. E-mail: pauloas-22@hotmail.com

RESUMO: Este artigo propõe uma análise das disputas argumentativas transnacionais que podem surgir em processos de subtração internacional de crianças fundamentados na Convenção da Haia de 1980, tendo como enfoque específico o impacto da alegação de violência doméstica nestes casos. A partir de uma análise empírica, explora-se como a abertura semântica do texto convencional acerca das exceções ao retorno imediato está sendo utilizada de maneiras diferentes no enfrentamento de questões referentes à violência doméstica. A primeira parte do artigo aborda brevemente as exceções ao retorno imediato previstas na Convenção e o surgimento da violência doméstica como possível justificativa para o não retorno. Em seguida, são discutidas as interpretações dadas ao texto convencional sobre essa temática pela própria Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, por diferentes tribunais estrangeiros e

pela Advocacia-Geral da União no âmbito da ação de controle concentrado de constitucionalidade sobre essa temática no Brasil. Ao final, diante dos conflitos argumentativos apresentados, são sugeridas possibilidades de solução para as disputas transnacionais na aplicação de tratados. Conclui-se que é possível, no contexto da discussão sobre violência doméstica na aplicação da Convenção da Haia de 1980, que se empreguem diversos meios para lidar com as divergências transnacionais de forma concomitante. Independentemente dos métodos utilizados, o manejo adequado desse tipo de disputa é crucial para o desenvolvimento do direito internacional e processual contemporâneos, pois a eficácia do multilateralismo e a manutenção da cooperação jurídica internacional dependem da capacidade de as instituições nacionais e internacionais

⁶⁵⁵ Artigo recebido em 05/05/2025 e aprovado em 25/08/2025.

desenvolverem soluções coletivas e dialogadas para suas divergências.

PALAVRAS-CHAVE: Argumentação jurídica; conflitos argumentativos; cooperação jurídica internacional; subtração internacional de crianças; violência doméstica.

ABSTRACT: This article proposes an analysis of the transnational argumentative disputes that may arise in cases of international child abduction based on the 1980 Hague Convention, with a specific focus on the impact of domestic violence allegations in these cases. Through an empirical analysis, it explores how the semantic openness of the convention's text regarding the exceptions to immediate return is being utilized in different ways to address issues related to domestic violence. The first part of the article briefly addresses the exceptions to immediate return in the Convention and the emergence of domestic violence as a possible justification for non-return. Subsequently, it discusses the interpretations given to the convention's text on this topic by the Hague Conference on Private International Law, various foreign courts and the Office of the Attorney General of Brazil in a constitutionality control action on this issue in Brazil. In conclusion, considering the argumentative conflicts presented, possibilities for resolving transnational disputes in the application of treaties are suggested. It is concluded that diverse means can be employed simultaneously to handle transnational

divergences in the context of the domestic violence discussion under the 1980 Hague Convention. Regardless of the methods utilized, the proper management of such disputes is crucial for the development of contemporary international and procedural law, as the effectiveness of multilateralism and the maintenance of international legal cooperation depend on the ability of national and international institutions to develop collective and dialogued solutions for their divergences.

KEYWORDS: Argumentative conflicts; domestic violence; international child abduction; international legal cooperation; legal reasoning.

INTRODUÇÃO

Este artigo propõe uma análise empírica das disputas argumentativas que podem surgir em processos de subtração internacional de crianças fundamentados na Convenção da Haia de 1980 (CH 80), tendo como enfoque específico o impacto da alegação de violência doméstica nas decisões proferidas nesses casos.

A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças foi adotada em 24 de outubro de 1980, ao final da décima quarta sessão da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado (HCCH), e atualmente está em vigor em 103 países das mais diversas

tradições jurídicas.⁶⁵⁶ No Brasil, o tratado entrou em vigor com a promulgação do Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000, que internalizou o texto convencional.⁶⁵⁷ A premissa deste acordo entre os Estados é o reconhecimento de que a transferência ou retenção de uma criança em país diverso da sua residência habitual e sem a autorização de todos os titulares do direito de guarda constitui um ilícito civil transnacional⁶⁵⁸. Assim, em razão da natureza transnacional do ilícito, somente uma ação coordenada entre os Estados seria eficiente para reprimi-la e reverter os efeitos de sua prática, o que se alcança, em regra, pela determinação do retorno imediato da criança subtraída ao seu país de residência habitual⁶⁵⁹.

O procedimento para o retorno imediato previsto no texto convencional é relativamente simples. A ocorrência da subtração

internacional é comunicada à autoridade central do Estado de residência habitual da criança, que transmitirá o fato à autoridade central do Estado onde a criança se encontra, a fim de que o Estado requerido adote as medidas administrativas e judiciais necessárias para retorno imediato. Esse retorno somente pode ser obstado caso presentes as exceções previstas na própria Convenção, como a existência de um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica (art.13, 1, b) ou o fato de o retorno da criança não ser compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (art. 20).⁶⁶⁰

Com essa estrutura, a Convenção da Haia de 1980 é essencialmente um acordo sobre cooperação jurídica internacional.⁶⁶¹ A

⁶⁵⁶ HCCH - Status Table of the 1980 Hague Convention. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>. Acesso em 09 ago. 2025.

⁶⁵⁷ BRASIL. Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 138, n. 72-E, p. 1-2, 17 abr. 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm. Acesso em: 9 ago. 2025.

⁶⁵⁸ “Article 3. The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where: a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for

the removal or retention.” HCCH. Convenção sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças: concluída em 25 de outubro de 1980. Haia: HCCH, 1980. Disponível em:

<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>. Acesso em: 9 ago. 2025.

⁶⁵⁹ “The objects of the present Convention are: a) to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State [...]” HCCH, 1980.

⁶⁶⁰ HCCH, 1980.

⁶⁶¹ PÉREZ-VERA, Elisa. Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention. In: Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980). Tome III: Child Abduction. Haia: Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, 1980. p. 426-476. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2025.

sua implementação prática se baseia no binômio consenso e cooperação. Os Estados cooperam para combater uma ilicitude transnacional porque previamente concordaram que havia uma conduta ilícita a ser combatida e se comprometeram com essa tarefa. Os limites da cooperação e do combate à ilicitude serão, portanto, aqueles impostos pelos termos do consenso convencional.

Todavia, como em toda a convenção internacional, a existência de um instrumento escrito não é suficiente para se delimitar sobre o que os Estados efetivamente concordam. O texto escrito do tratado expressa o consenso apriorístico que foi possível entre os Estados em determinado momento histórico, mas é incapaz de delimitar o sentido exato das diversas expressões abertas que são normalmente encontradas nesse tipo de texto e cujos limites são comumente testados na aplicação em casos concretos. Na aplicação da Convenção da Haia, esse problema da compreensão do tratado em cada País se torna ainda mais complexo devido à necessidade de intervenção dos juízes nacionais.

Os tribunais nacionais são os veículos através dos quais os tratados internacionais e outras fontes de direito internacional entram nos sistemas jurídicos nacionais para produzir efeitos concretos.⁶⁶² Especificamente nos casos de subtração internacional de crianças, a

ordem de retorno imediato de uma criança para um país estrangeiro normalmente depende de um comando judicial para ser executada, razão pela qual a cooperação jurídica fundamentada na Convenção da Haia de 1980 está intimamente vinculada à atividade interpretativa dos juízes na análise dos pedidos de retorno. Em decorrência dessa especificidade operacional do tratado, é natural que surjam dúvidas sobre como preservar os ideais de consenso e cooperação, aprovados pelos líderes políticos nacionais na ratificação do tratado, diante de um conjunto tão heterogêneo de juízes que são chamados a aplicá-la de maneira simultânea ao redor do mundo.

Assim, por um lado, a introdução da CH 80 foi um passo significativo no diálogo entre os ordenamentos jurídicos nacionais e o direito internacional privado, consagrando em um instrumento normativo o fenômeno da globalização judicial pela via da cooperação.⁶⁶³ Por outro lado, esta Convenção evidenciou a complexidade da pretensão de uniformidade na aplicação de um texto convencional escrito de modo pragmático, mas sujeito a interpretações diversas por juízes de variadas culturas jurídicas.

Este artigo discute os embates argumentativos que podem surgir na interpretação da Convenção da Haia de 1980 quando os processos de retorno de uma criança alegadamente

⁶⁶² SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*, v. 40, n. 4, p. 1103–1124, 2000.

⁶⁶³ SLAUGHTER, 2000, p 1112.

subtraída são atravessados por alegações de que a transferência e/ou retenção internacional foram motivadas pela prática de violência doméstica contra elas ou contra as pessoas que são titulares do direito convencional de guarda sobre elas. A partir de uma análise empírica, explora-se como a abertura semântica do texto convencional acerca das exceções ao retorno imediato está sendo utilizada de maneiras diferentes no enfrentamento de questões referentes à violência doméstica.

Na primeira parte do artigo, são abordadas brevemente as exceções ao retorno imediato previstas no texto convencional e o surgimento da violência doméstica como possível exceção à ordem de retorno. Em seguida, discutem-se as interpretações que foram dadas ao texto convencional sobre essa temática pela própria HCCH, por diferentes tribunais internos estrangeiros e pela Advocacia-Geral da União na ação de controle concentrado de constitucionalidade ajuizada no Brasil sobre o tema. Ao final, diante dos conflitos argumentativos apresentados, são tratadas possibilidades de solução para disputas argumentativas transnacionais na aplicação de tratados.

1. EXCEÇÕES AO RETORNO IMEDIATO E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Convenção da Haia de 1980 está fundamentada na compreensão de que o princípio do melhor interesse da criança, em sua acepção coletiva, exige a cooperação dos Estados para que crianças ilicitamente transferidas ou retidas fora de sua residência habitual possam retornar o mais rápido possível. Isso porque, além de reduzir os impactos negativos de uma mudança brusca na residência habitual da criança sobre o seu desenvolvimento psicológico e social, o retorno imediato preserva a competência do juiz natural da criança, competindo ao Poder Judiciário do local em que ela habitualmente reside decidir o mérito de questões referentes à guarda e seus correlatos.⁶⁶⁴

No entanto, o próprio texto convencional admite que a presunção geral de que o retorno imediato atende ao melhor interesse da criança pode sofrer derrogações em situações concretas. Assim, há cláusulas de flexibilização do dever de proceder ao retorno da criança nos casos de subtração internacional. Essas cláusulas de exceção atendem tanto à necessidade jurídica de permitir uma melhor conformação do princípio do melhor interesse da criança em casos concretos quanto à necessidade política de permitir que os Estados-partes possuam alguma margem de deferência à sua soberania em situações limítrofes.

⁶⁶⁴ BEAUMONT, Paul R.; MCELEAVY, Peter E. The Hague Convention on international child abduction. Oxford University Press, 1999.

É possível extrair do texto da Convenção cinco exceções ao retorno imediato: a) a exceção de adaptação ao novo meio social (art. 12); b) a exceção de ausência de exercício do direito convencional de guarda ou existência de consentimento (art. 13, 1, a); c) a exceção de risco grave (art. 13, 1, b); d) a exceção de oposição da criança com maturidade suficiente (art. 13, 2); e e) a exceção de direitos humanos (art. 20).

A exceção de adaptação ao novo meio social prevê que, caso haja o transcurso de período superior a 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade do Estado onde a criança se encontrar, o retorno da criança poderá ser negado se for provado que ela já se encontra integrada em seu novo meio.⁶⁶⁵ Essa cláusula de exceção é uma concessão aos efeitos que o transcurso do tempo possui na avaliação do melhor interesse da criança, reconhecendo que a partir de determinado momento o retorno pode ser mais prejudicial do que a permanência, ao provocar uma

nova ruptura abrupta no desenvolvimento infantil.

A exceção de ausência de exercício do direito convencional de guarda ou existência de consentimento não é propriamente uma exceção ao retorno, mas a constatação de que faltam elementos constitutivos desse ilícito internacional.⁶⁶⁶ Isso porque, nos termos da convenção, a subtração internacional se caracteriza quando há a transferência ou retenção da criança contra a vontade de quem exerça o direito de guarda no local de residência habitual.⁶⁶⁷ Desse modo, uma vez constatado que o requerente do retorno não exercia efetivamente o direito de guarda ou que ele consentiu com a mudança da residência habitual, não há subtração internacional ou dever de retornar a criança.

Outra exceção contida na Convenção prevê que o Estado pode recusar o retorno da criança se verificar que ela se opõe e que já atingiu idade e grau de maturidade suficientes para expressar suas opiniões sobre o assunto.⁶⁶⁸ Embora não estabeleça

⁶⁶⁵ “The judicial or administrative authority, even where the proceedings have been commenced after the expiration of the period of one year referred to in the preceding paragraph, shall also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment.” HCCH, 1980.

⁶⁶⁶ “Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return establishes that: a) the person, institution or other body having the care of the person of the child was not actually exercising

the custody rights at the time of removal or retention, or had consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention.” HCCH, 1980.

⁶⁶⁷ Conforme definição da Convenção, o direito de guarda compreende os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, especialmente o direito de decidir sobre o lugar da sua residência (art. 5º).

⁶⁶⁸ “The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.” HCCH, 1980.

critérios objetivos para avaliar a maturidade da criança nem uma idade exata, esse dispositivo concilia a previsão geral de retorno ao local de residência habitual com a previsão de outros tratados internacionais que asseguram o direito da criança de ser ouvida nas decisões que a afetam, como se extrai da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas.⁶⁶⁹

Há também uma exceção humanitária geral ao retorno da criança, segundo a qual este poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.⁶⁷⁰ Embora o dispositivo preveja que a exceção de direitos humanos está vinculada aos princípios fundamentais do Estado requerido, é comum que as normas nacionais de direitos humanos reflitam o conteúdo dos diplomas internacionais nessa matéria. Assim, a aplicação dessa exceção está frequentemente interligada com outros tratados internacionais que tutelam direitos

humanos ameaçados por zonas de guerra, questões migratórias e perseguição por raça, religião, posição política, nacionalidade ou pertencimento a um grupo específico.⁶⁷¹

Por fim, a exceção de risco grave é o fundamento mais comum nas decisões judiciais que rejeitam pedidos de retorno de crianças. Em um estudo estatístico produzido pela HCCH com a participação de 71 Estados-Parte da Convenção, constatou-se que, em 2021, foram registrados 277 casos de retorno com decisões judiciais negativas, dos quais 127 (46%) foram fundamentados na exceção de risco grave (art. 13, 1, b).⁶⁷² A recorrência na utilização dessa exceção indica a versatilidade decorrente da abertura semântica do dispositivo convencional que a contém.

Essa exceção prevê que o Estado não é obrigado a ordenar o retorno da criança quando existe um risco grave de ela, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.⁶⁷³

⁶⁶⁹ ELROD, L. D. Please Let Me Stay: Hearing the Voice of the Child in Hague Abduction Cases. Okla. L. Rev., v. 63, p. 663, 2010.

⁶⁷⁰ “The return of the child under the provisions of Article 12 may be refused if this would not be permitted by the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms.” HCCH, 1980.

⁶⁷¹ TRIMMINGS, Katarina; MOMOH, Onyója; KALAITSOGLU, Konstantina. The Interplay between the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction

and Domestic Violence. Laws, v. 12, n. 5, p. 78, 2023.

⁶⁷² HCCH. HCCH. Global Report – Statistical study of applications made in 2021 under the 1980 Child Abduction Convention. Haia: HCCH, 2023. Elaborado por: Nigel Lowe e Victoria Stephens. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/bf685eaa-91f2-412a-bb19-e39f80df262a.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2025.

⁶⁷³ Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person,

Todavia, a definição de quais situações podem submeter uma criança a riscos de ordem física ou psíquica, bem como da suficiência desses riscos para impedir o retorno, é bastante casuística, inserindo-se dentro dessa cláusula geral de risco grave a discussão sobre o impacto da violência doméstica na aplicação da Convenção.⁶⁷⁴

Ao tempo da formulação da Convenção da Haia, a violência doméstica ainda não havia sido claramente exposta como um problema social, mas a evolução da compreensão deste problema tornou necessária sua consideração no âmbito internacional. A discussão engloba tanto as crianças que sofreram diretamente violência doméstica quanto aquelas que são expostas à violência doméstica praticada entre os titulares do direito de guarda, pois a simples exposição do ser humano em formação à violência dentro dos relacionamentos familiares pode impactar profundamente o seu

desenvolvimento psicológico e social.⁶⁷⁵

Apesar de ser relativamente simples entender, à luz da compreensão atual sobre as relações familiares, que a exposição a contextos domésticos violentos pode gerar um risco grave no retorno da criança e configurar a exceção prevista na Convenção, a prática tem demonstrado que essa discussão é mais complexa.

Em primeiro lugar porque o termo violência doméstica pode adquirir diferentes significados nos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados-Parte. Há legislações mais amplas que englobam a violência verbal e psicológica, ainda que indireta e sem contato físico, no conceito de violência doméstica, como é o caso da legislação brasileira.⁶⁷⁶ Porém, há definições mais restritivas, que exigirão a agressão física direta como elemento constitutivo desse tipo de violência. É preciso discutir, portanto, o que é violência doméstica para fins de aplicação transnacional do tratado.

institution or other body which opposes its return establishes that: [...] b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.” HCCH, 1980.

⁶⁷⁴ É possível defender que a prática de violência doméstica pudesse fundamentar a aplicação da exceção de direitos humanos, diante da existência de diplomas internacionais de direitos humanos que protegem tanto crianças contra mulheres contra esse tipo de violência. Todavia, tanto pela própria HCCH quanto pelas jurisdições nacionais, o tema é normalmente tratado no âmbito da exceção de risco grave. Sobre o tema, ver: TRIMMINGS et al, 2023, p. 10-13.

⁶⁷⁵ LEWIS, Jeanine. The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity. *Global Business & Development Law Journal*, v. 13, n. 2, p. 391-449, 2000.

⁶⁷⁶ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 143, n. 152, p. 1-2, 8 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 9 ago. 2025.

Do mesmo modo, não há um consenso pré-determinado sobre se a simples prática de violência contra o outro titular do direito convencional de guarda é suficiente para justificar a decisão pelo não retorno. Aqui também é possível adotar uma compreensão mais ampla, aceitando-se que toda e qualquer prática de violência doméstica, ainda que não dirigida contra a criança nem sequer realizada na presença dela, constitui um risco grave para o seu retorno à residência habitual. De outra parte, há também uma posição mais restritiva, que exigiria a prática da violência diretamente contra a criança ou, ao menos, que houvesse uma exposição direta da criança aos atos de violência.

Ainda mais intrincada é a questão do standard probatório necessário para justificar uma decisão de não retorno. A prova da violência doméstica possui uma dificuldade inerente tanto pelo contexto privado em que normalmente ela ocorre quanto pela vulnerabilidade específica experimentada pelas vítimas desse tipo de violência.⁶⁷⁷ Soma-se a essa dificuldade ordinária o fato de que a configuração da exceção de risco grave precisa ser provada perante o juiz do Estado onde a criança se encontra após a subtração, que é diferente do Estado onde ocorreram os atos de violência que justificariam a fuga.

Além disso, a definição do standard probatório precisa observar um equilíbrio entre preservar o melhor

interesse da criança ao impedir sua exposição à violência e manter o compromisso dos Estados-Parte em efetivar o retorno da criança subtraída como regra geral da Convenção. De um lado, um standard probatório excessivamente rigoroso poderia sujeitar crianças a situações de violência graves e comprometer seriamente o seu pleno desenvolvimento. De outro lado, um standard probatório excessivamente leniente poderia tornar letra morta o texto convencional, legitimando a subtração de uma criança do seu país de residência habitual com base em meras ilações.

Como se pode perceber, a inserção da violência doméstica como causa para a aplicação da exceção de risco grave gera uma série de discussões profundas e relevantes. A fim de investigar como essas questões estão sendo tratadas na prática, passa-se a uma análise empírica que contemplará três enfoques distintos: a visão da própria HCCH, a visão de juízes estrangeiros que aplicam a Convenção e a visão da advocacia estatal no Brasil.

1.1 A POSIÇÃO INTERPRETATIVA DA HCCH

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado - HCCH é uma organização intergovernamental permanente cujo mandato é a unificação progressiva das regras de

⁶⁷⁷ MONJE, Alicia González. La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias

jurisprudenciales en España. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 6, n. 3, p. 1627-1660, 2020.

direito internacional privado (art. 1º do seu Estatuto).⁶⁷⁸ Sua principal atividade consiste em construir soluções internacionais em temas de direito privado por meio da negociação e adoção de tratados aos quais os Estados podem aderir, bem como no desenvolvimento de instrumentos de *soft law* para orientar os Estados.

O Conselho sobre Assuntos Gerais e Política - CGAP, o órgão dirigente da HCCH, encarregou a Secretaria Permanente, com a ajuda de um grupo de especialistas, de desenvolver um Guia de Boas Práticas sobre a interpretação e aplicação da exceção de risco grave nos casos de subtração internacional de crianças. Esse guia foi publicado em 2020, no aniversário de 40 anos da conclusão da Convenção da Haia de 1980, e possui uma sessão dedicada à violência doméstica.⁶⁷⁹

Em termos gerais, o Guia de Boas Práticas recomenda que a exceção de grave risco seja interpretada restritivamente. Essa postura deriva da compreensão de que o processo de regresso da criança ao Estado de residência habitual tem um escopo limitado, não permitindo uma avaliação integral do melhor interesse da criança, cuja análise aprofundada deve ser reservada ao juiz do Estado de residência habitual. Desse modo, os juízes do local para onde a criança foi

transferida, ao avaliarem a configuração das exceções, devem evitar intervir em questões de mérito que são da competência do Estado de residência habitual.⁶⁸⁰

Além da interpretação restritiva quanto à configuração da exceção, o Guia de Boas Práticas recomenda uma análise criteriosa da efetiva necessidade de utilização da exceção no caso concreto através de uma avaliação em duas etapas.⁶⁸¹

Em primeiro lugar, o julgador deve avaliar se a situação fática alegada possui “suficientes detalhamento e substância” e se ela efetivamente possui o potencial de configurar um risco grave para a criança. Em segundo lugar, caso a resposta à etapa anterior seja positiva, o juiz deve avaliar as medidas de proteção disponíveis no Estado de residência habitual e a suficiência delas para impedir o risco grave apontado. Assim, o juiz deverá decidir pelo não retorno apenas se as medidas de proteção disponíveis no Estado de residência habitual forem insuficientes para impedir o grave risco. Em todas as outras circunstâncias, o juiz deve ordenar o retorno e confiar o exame do melhor interesse da criança aos tribunais do Estado de residência habitual, partindo do princípio de que eles são os mais adequados para lidar com as questões de mérito.⁶⁸²

⁶⁷⁸ HCCH. Statute of the Hague Conference on Private International Law. Seventh Session of the Hague Conference on Private International Law. 31 de outubro de 1951.

⁶⁷⁹ HCCH. Guide to Good Practice under the 1980 Child Abduction Convention - Part VI: Article 13(1)(b). Haia: HCCH, 2020. Disponível

em: <https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=7059>. Acesso em: 9 ago. 2025.

⁶⁸⁰ HCCH, 2020, p. 25.

⁶⁸¹ TRIMMINGS et al, p. 7.

⁶⁸² HCCH, 2020, p. 31-32. TRIMMINGS et al, p. 7.

O fluxo de avaliação geral das exceções de grave risco está ilustrado na imagem abaixo, extraída textualmente do Guia de Boas Práticas (ANEXO).⁶⁸³

Especificamente em alegações de violência doméstica, o Guia de Boas Práticas recomenda que a análise seja centrada no efeito da violência doméstica sobre a criança no seu regresso ao Estado de residência habitual. Para deixar de ordenar o retorno, o juiz deve avaliar criteriosamente a natureza, a frequência e a intensidade da violência, bem como o modo como ela repercute concretamente na criança. Assim, a prova da existência de uma situação de violência contra o outro titular do direito de guarda não seria, por si só, suficiente para a configuração da exceção de risco grave.⁶⁸⁴

Além disso, mesmo quando constatada a violência doméstica, o Guia de Boas Práticas prevê a prevalência da decisão pelo retorno quando há proteção jurídica, auxílio das autoridades policiais e serviços sociais disponíveis no Estado de residência habitual da criança para ajudar as vítimas de violência doméstica. Assim, a decisão pelo não retorno ficaria restrita a hipóteses muito excepcionais, como os casos em que genitor que ficou sem a criança violou repetidamente ordens de proteção ou quando se constata que há uma grande vulnerabilidade psicológica da criança.⁶⁸⁵

A abordagem da HCCH é bastante cautelosa e tende a restringir os poderes dos juízes nacionais na avaliação da exceção de risco grave. Essa tendência revela uma tentativa de manter, no máximo possível, o compromisso dos Estados em ordenar o retorno de crianças subtraídas indevidamente.

A HCCH não propõe uma delimitação precisa do que seria violência doméstica, deixando aberta a interpretação de que diversos tipos de violência, não apenas a física, possam constitui-la. Para a interpretação da HCCH, a natureza da violência é apenas um dos critérios, que, juntamente com a frequência e a intensidade, serve como modulador no complexo exame da existência de risco grave para a criança.

De outra parte, a interpretação da HCCH, apesar de admitir que a violência contra o outro titular do direito de guarda possa configurar a exceção, é clara ao exigir o exame do impacto concreto da violência sobre a criança. Essa restrição implica uma tarefa probatória adicional, pois, além da demonstração da violência doméstica, será necessário demonstrar um vínculo direto entre a violência e a criança, afastando-se a presunção de que o convívio com um possível agressor constituiria, por si só, o risco grave convencional.

De fato, o Guia de Boas Práticas sugere um standard probatório-argumentativo reforçado para a aplicação da exceção de risco de grave

⁶⁸³ HCCH, 2020, p. 33.

⁶⁸⁴ HCCH, 2020, p. 33.

⁶⁸⁵ HCCH, 2020, p. 39.

em casos de violência doméstica. Exige-se a demonstração de que a alegação de violência possua suficientes detalhamento e substância de que ela terá um efeito sobre a criança no seu regresso ao Estado de residência habitual e de que as medidas de proteção disponíveis no Estado de residência habitual são ineficazes para protegê-la. O cumprimento deste ônus probatório é especialmente difícil dada a natureza transnacional dos fatos, o que exige o manejo de elementos fáticos e normativos oriundos de diferentes Estados.

O Guia de Boas Práticas não é um instrumento vinculante, mas sua relevância como diretriz de *soft law* não pode ser ignorada, especialmente devido ao prestígio institucional que a HCCH possui no âmbito internacional. Tomando como base a posição defendida neste Guia, é possível observar como as formulações nele apresentadas de forma abstrata aparecem em decisões concretas de juízes oriundos de diferentes Estados-partes que aplicam as disposições da Convenção da Haia de 1980.

1.2 A DISCUSSÃO NOS TRIBUNAIS NACIONAIS ESTRANGEIROS

Antes da publicação do Guia de Boas Práticas, o problema da violência

doméstica já exigia atenção dos tribunais. Em 2017, o Tribunal Superior de Osaka (Japão), proferiu uma ordem de retorno em caso envolvendo criança cujo Estado de residência habitual era Singapura, apesar de a genitora da criança haver invocado a exceção de grave risco com base na prática de violência doméstica.⁶⁸⁶

Na decisão pelo retorno, o Tribunal japonês argumentou, inicialmente, que não havia nenhum elemento que indicasse a prática de atos violentos diretamente contra a criança. Em relação à violência praticada contra a genitora, os juízes concluíram que, embora se alegasse a prática de diversos atos de violência, somente havia provas efetivas de atos pontuais de agressão, desencadeados por discussões entre o casal, sem nenhuma circunstância específica indicativa de que o genitor tivesse regularmente a intenção de infligir danos à vida ou a integridade física da genitora.⁶⁸⁷

O Tribunal ressaltou que a decisão pelo retorno da criança à Singapura não significava que a genitora devesse voltar a morar com o genitor, bem como que a genitora obteve uma ordem judicial protetiva em Singapura, após a qual não houve nenhum comportamento que violasse essa ordem judicial. Assim, o Tribunal concluiu que a medida de proteção obtida em Singapura foi suficiente para

⁶⁸⁶ JAPÃO. Osaka High Court (9th Civil Division). 2017 (Ra) No. 742 Appeal case against an order of the return of a child. Translation provided by Ministry of Foreign Affairs of Japan. 15 de set. de 2017. Disponível em: [https://www.incadat.com/en/search?search\[p](https://www.incadat.com/en/search?search[p)

age]=5&search%5Barticles%5D%5B0%5D=Article+13%281%29%28a%29. Acesso em: 9 ago. 2025.

⁶⁸⁷ JAPÃO, 2017, p. 14.

afastar o risco de novas agressões, o que afastaria a exceção de grave risco.⁶⁸⁸

Além disso, a Corte japonesa concluiu não haver elementos suficientes para demonstrar que a criança tenha sofrido qualquer dano psicológico em razão das agressões pontuais praticadas contra a genitora, o que seria especialmente difícil de se configurar no caso concreto devido à tenra idade da criança à época (2 anos).⁶⁸⁹

A decisão do Tribunal japonês, embora anterior à elaboração do Guia de Boas Práticas, converge com a abordagem proposta pela HCCH.

Os juízes japoneses fizeram uma análise criteriosa de aspectos como a frequência e a intensidade da violência para aferir a existência do risco grave. Da mesma forma, a decisão japonesa se deteve especificamente sobre a análise da comprovação do impacto da violência doméstica sobre a criança e da existência de medidas de proteção efetivas no Estado de residência habitual. Com isso, o entendimento adotado na decisão japonesa alinha-se à interpretação restritiva das exceções convencionais, que não presume o risco grave pela simples ocorrência da violência doméstica, ainda que esta

violência tenha sido objeto de medida judicial de proteção em favor da genitora, como ocorreu no caso.

Em novembro de 2022, quando já havia sido publicado o Guia de Boas Práticas da HCCH, a Câmara de Apelações de Família de Mendoza (Argentina) decidiu pelo retorno de uma criança para os Estados Unidos da América em caso no qual a genitora alegava que o genitor era violento e havia abusado sexualmente da criança.⁶⁹⁰

O Tribunal argentino iniciou sua fundamentação elevando o standard probatório-argumentativo necessário para justificar uma decisão de não retorno. Em sua visão, a interpretação de qualquer uma das exceções convencionais deve ser “rigorosa, limitada e restritiva”, impondo-se o ônus da prova sobre a pessoa que as invoca.⁶⁹¹

Além disso, a decisão afirma expressamente ser indispensável a análise das medidas de proteção existentes no Estado de residência habitual. Em consonância com a interpretação da HCCH, a Corte argentina afirmou que, se a violência e/ou abuso sexual alegados puderem ser devidamente endereçados pelas instituições do país de residência habitual, não é adequado admitir a

⁶⁸⁸ “[...] the appellant entered Singapore multiple times for the hearings for the personal protection order and access between the respondent and the daughter. Taking into consideration that the respondent did not show any behavior that violated the personal protection order at those times, the personal protection order of Singapore was effective in preventing violence by the respondent against the appellant.” JAPÃO, 2017, p. 2.

⁶⁸⁹ JAPÃO, 2017, p. 14.

⁶⁹⁰ ARGENTINA. Cámara de Apelaciones de Familia – Provincia de Mendoza. B. H. c/ D. M. S. p/ restitución internacional de N.N.A. 2 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.juri.jus.mendoza.gov.ar/jur/sumfa/sf.php?fallo=MjAwMDAwMTA3NDQ=&tabla=Y2M=>. Acesso em: 9 ago. 2025.

⁶⁹¹ ARGENTINA, 2022, p. 14.

exceção. Isso porque, nessa situação, o genitor subtrator teria garantias suficientes de que, caso provados os fatos constitutivos de violência alegados, obteria das autoridades governamentais e/ou judiciais a devida proteção.⁶⁹²

No caso concreto, a Corte argentina considerou que, apesar das graves alegações da genitora, não houve comprovação suficiente de qualquer risco grave ao retorno da criança. Essa conclusão foi fundamentada especialmente em dois elementos fáticos: a) a existência de decisões judiciais proferidas por autoridade judicial nos Estados Unidos, que arquivou as denúncias da genitora por falta de evidências, com forte reprovação daquele juízo à conduta maliciosa da genitora; e b) o conteúdo dos relatórios dos encontros supervisionados estabelecidos entre a criança e o seu genitor, os quais comprovam que ela se mostrava alegre, espontânea e afetuosa com o pai, sem necessidade de intervenção dos profissionais do juízo, o que contrastaria com a alegação de violência.⁶⁹³

Assim, seja pela ausência de elementos probatórios suficientes da alegação de violência doméstica, seja porque não havia comprovação de que as medidas de proteção existentes no Estado de residência habitual seriam insuficientes, a Corte argentina rejeitou

a alegação de risco grave e ordenou o retorno da criança aos Estados Unidos.

De outra parte, ao analisar um caso no qual também se discutiu a existência de medidas de proteção contra violência doméstica nos Estados Unidos, o Tribunal de Apelação Civil da Escócia (Reino Unido) rejeitou pedido de retorno para aquele país.⁶⁹⁴

No caso escocês, julgado em 2023, a genitora relatou a ocorrência de uma agressão contra si, com emprego de estrangulamento, o qual teria sido praticado pelo genitor na presença das crianças. Afirmou, ainda, que o genitor ameaçou se matar em uma ocasião anterior, também na presença das crianças. Apontou, igualmente, diversas agressões sexuais contra si, incluindo tentativas de estupro, bem como inúmeras agressões verbais na presença das crianças.⁶⁹⁵

Diferentemente do caso argentino, em que não se encontrou elementos probatórios suficientes da alegação de violência doméstica, a Corte escocesa destacou a existência de um grande volume de mensagens de texto enviadas pelo genitor, com forte conteúdo sexual, misógino, intimidador e controlador, as quais forneceriam evidências objetivas e convincentes da veracidade das alegações de violência contra genitora.

⁶⁹² ARGENTINA, 2022, p. 14.

⁶⁹³ ARGENTINA, 2022, p. 14.

⁶⁹⁴ REINO UNIDO. Extra Division, Inner House, Court of Session, Scotland. AD v. SD. 17 de março de 2023. Disponível em: <https://www.incadat.com/download/cms/files>

/2023-12/id1556-full-text-en.pdf. Acesso em: 9 ago. de 2025.

⁶⁹⁵ REINO UNIDO, 2023, p. 16.

Sobre o conteúdo destas mensagens, a Corte pontou:

*Em 11 de dezembro de 2022, AD enviou uma mensagem a SD afirmando que ela deveria ser extraditada de volta para os EUA, ter seu passaporte e cidadania revogados e, em seguida, ser deportada de volta para o Reino Unido. Ele disse que considera a disputa com ela sexualmente excitante, ameaçou processar a família dela pelo apoio que lhe deram nessa disputa e ameaçou cortar seu apoio financeiro. Estes são apenas alguns exemplos das trocas de mensagens de texto estabelecidas, incluindo tópicos cobertos pelas alegações mais graves.*⁶⁹⁶

A Corte escocesa também atribui relevante valor probatório às declarações escritas da genitora (*affidavit*), as quais continham relatos gráficos de agressões físicas brutais sofridas contra ela na presença das crianças. Entre essas agressões há relatos de tapas em sua face enquanto ela estava sentada no banheiro da casa da família, bem como ameaças e intimidações físicas e psicológicas praticadas enquanto ela tentava dormir no chão do quarto da filha para manter distância do marido.⁶⁹⁷

Diante desse quadro probatório, os juízes concluíram que havia

evidências extensas e contundentes de abusos físicos, sexuais e financeiros contra a genitora, alcançando-se o standard probatório necessário para configuração da exceção convencional. Assim, seria necessário, como etapa seguinte do raciocínio decisório, verificar a existência de medidas protetivas no Estado de residência habitual. Na análise das medidas de proteção, o Tribunal propôs uma abordagem mais individualizada do que aquela observada no caso argentino.

Os juízes escoceses entenderam que não basta a existência de um arcabouço normativo e institucional protetivo no Estado de residência habitual para afastar o risco grave, mas é preciso haver segurança de que estas proteções serão eficazes. Em acréscimo, a Corte salientou que deve haver um balanço entre a gravidade do risco e a eficácia das medidas de proteção, de forma que quanto maior o possível dano envolvido, mais eficazes devem ser as medidas de proteção para permitir o retorno da criança.⁶⁹⁸

Assim, na análise do caso específico, o Tribunal concluiu que as medidas de proteção existentes nos Estados Unidos não teriam aptidão para prevenir efetivamente o grave risco. Reconheceu-se que havia um arcabouço normativo no Estado de residência habitual para o manejo de ordens de proteção em casos de violência doméstica, o que incluiria diplomas legais como o *Illinois*

⁶⁹⁶ REINO UNIDO, 2023, p. 21.

⁶⁹⁷ REINO UNIDO, 2023, p. 21.

⁶⁹⁸ REINO UNIDO, 2023, p. 10.

Marriage and Dissolution of Marriage Act e o *Illinois Domestic Violence Act 1986*. Todavia, durante o curso do processo, o genitor já havia agido em violação às ordens emitidas pelo tribunal de Illinois, ao continuar enviando mensagens de texto abusivas, violando uma ordem de restrição vigente.

O Tribunal observou que a instauração de processos judiciais, tanto na Escócia quanto em Illinois, não impediu o genitor de prosseguir enviando mensagens abusivas à genitora. Além disso, as evidências apresentadas demonstraram que o genitor tinha propensão a agir de forma irracional e sem autocontrole, havendo nos autos um relatório psicológico sugerindo que ele poderia se beneficiar de auxílio profissional para lidar com sua saúde mental. Nesse contexto, embora houvesse mecanismos judiciais para a obtenção de ordens de proteção nos Estados Unidos, a Corte escocesa concluiu não ser possível acreditar que o genitor fosse obedecer a qualquer tipo de ordem protetiva.⁶⁹⁹

Portanto, diferentemente do caso argentino, a Corte escocesa, convencida da gravidade e da credibilidade das alegações de violência doméstica, passou a uma análise mais detalhada da existência de medidas de proteção no Estado de residência habitual, com uma abordagem mais pragmática do que normativa. De outra parte, diferentemente do caso japonês, no qual se concluiu que o genitor havia cumprido as medidas de proteção

impostas em Singapura, o caso escocês lidou com uma hipótese na qual o genitor não se submeteu às ordens de proteção impostas pela ordem jurídica do seu próprio Estado, o que motivou a decisão pela negativa de retorno da criança aos Estados Unidos.

Os casos examinados neste tópico possibilitaram compreender de forma mais concreta como a análise da exceção de risco grave abstratamente prevista no Guia de Boas Práticas é realizada pelos tribunais ao redor do mundo. Embora o Guia de Boas Práticas não possua caráter vinculante, constata-se, em linhas gerais, uma convergência entre o caminho argumentativo nele previsto e os casos aqui analisados, com pontuais divergências em momentos específicos do raciocínio.

Está presente em todas as decisões analisadas, assim como na orientação da HCCH, a ideia de que a exceção de risco grave possui caráter excepcional, exigindo uma interpretação restritiva e uma aplicação criteriosa. O manejo da alegação de violência doméstica para invocar a exceção de risco grave se revelou uma tarefa complexa, impondo-se um considerável ônus argumentativo-probatório tanto à parte que a invoca quanto ao tribunal que profere uma decisão de não retorno com base nessa exceção.

Além disso, percebe-se que o raciocínio em duas etapas na análise do risco grave, embora não possua previsão convencional expressa, foi acolhido nas diferentes jurisdições

⁶⁹⁹ REINO UNIDO, 2023, p. 22.

analisadas. Houve uma convergência em se considerar, de um lado, a substância e o detalhamento da alegação de violência doméstica e, de outro lado, a existência de medidas de proteção no Estado de residência habitual. A ideia de que a decisão pelo não retorno somente se justifica na ausência de medidas de proteção eficazes no Estado de residência habitual foi assumida como uma regra na deliberação dos tribunais, sem que haja nenhuma determinação explícita da Convenção nesse sentido.

De outro lado, não há muita clareza no conjunto das decisões analisadas sobre se a violência doméstica precisa atingir diretamente a criança para que se configure a exceção de risco grave. O tema não foi aprofundado na decisão argentina, ante a ausência de credibilidade da alegação de violência. A decisão japonesa mostrou-se mais inclinada a investigar os impactos da violência doméstica sobre a criança, ao passo que a decisão escocesa deu maior ênfase à gravidade do comportamento do genitor ao assediar a genitora do que no modo como essa conduta impactou diretamente a criança. Assim, apesar de o Guia de Boas Práticas recomendar que o efeito da violência doméstica sobre a criança seja o ponto central na análise da alegação de risco grave, observou-se na decisão escocesa uma aplicação diferenciada dessa regra, no qual o risco à criança foi indiretamente aferido pela gravidade da conduta do genitor contra a genitora.

Igualmente percebe-se que não houve uma abordagem uniforme entre

os tribunais quanto à análise da existência de medidas de proteção no Estado de residência habitual. Como os três casos apresentados revelaram situações fáticas bastante distintas, os caminhos argumentativos neste tema variaram.

O tribunal japonês admitiu que a alegação de violência doméstica era crível, mas não lhes atribuiu muita gravidade, decidindo pela suficiência das medidas de proteção do Estado de residência sem maior dificuldade. O Tribunal argentino não se convenceu da credibilidade da alegação de violência doméstica, assim sequer analisou especificamente a existência de medidas de proteção no Estado de residência habitual. Já o Tribunal escocês admitiu que a alegação de violência doméstica era crível, argumentou detidamente sobre a gravidade dessa violência e decidiu pela insuficiência das medidas de proteção do Estado de residência habitual após uma análise bastante específica e criteriosa. Desse modo, embora o raciocínio em duas etapas previsto no Guia de Boas Práticas tenha sido seguido, o peso argumentativo e o engajamento do tribunal na segunda etapa do raciocínio tenderam a variar conforme os resultados da primeira etapa.

Por fim, não há muita clareza na discussão sobre o standard probatório necessário para que seja admitida a alegação de violência doméstica, ficando este tópico sujeito a um desenvolvimento mais casuístico do que sistemático. Nenhuma das decisões elaborou uma teoria específica sobre qual o patamar

probatório necessário para a admissão da exceção de risco grave. Extraí-se do conjunto das decisões apenas conclusões pontuais, como a de que decisões de arquivamento de denúncias no Estado de residência habitual pesam contra a alegação de violência doméstica e a de que o envio de mensagens com conteúdo agressivo no curso do procedimento milita a favor da alegação.

A visão panorâmica global da aplicação da exceção de risco grave apresentada neste tópico permite-nos ingressar nas nuances que essa discussão possui no Brasil. Para isso, adotaremos como elemento central a proposta interpretativa da Advocacia-Geral da União no âmbito do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade que discute a aplicação dessa exceção pelos juízes brasileiros.

1.3 A DISCUSSÃO BRASILEIRA E A PROPOSTA INTERPRETATIVA DA AGU

Em 2024, o Partido Socialismo e Liberdade ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal para questionar a aplicação do art. 13, 1, b, da Convenção da Haia de 1980 pelos juízes brasileiros nos casos em que há alegação de violência doméstica. O Partido requerente argumentou que a interpretação que tem sido dada a esse

dispositivo no Brasil viola o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II, CF), da garantia pelo Estado de mecanismos para coibir a violência nas relações familiares (art. 226, §8º, CF) e da prioridade absoluta da criança (art. 227, *caput*, CF).

A petição inicial discorre longamente sobre a situação de mulheres brasileiras vítimas de violência doméstica no exterior que retornam ao Brasil com seus filhos e defende que a exceção de risco grave deve ser interpretada de forma ampla, para “incluir casos de suspeita ou evidência de violência doméstica em país estrangeiro como situação capaz de submeter as crianças a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável, caracterizando tais hipóteses como impeditivas do retorno dessa criança ao lar do agressor”.⁷⁰⁰

A interpretação conforme a Constituição solicitada pela Partido requerente apresenta duas questões centrais. A primeira refere-se ao standard probatório, pois, na interpretação proposta, a simples suspeita de violência doméstica já seria suficiente para justificar a aplicação da exceção de risco grave. A segunda diz respeito à vítima da violência doméstica, pretendendo-se uma interpretação geral de que a

⁷⁰⁰ BRASIL. ADI 7686/DF. Petição inicial. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requerido: Presidente da República. Ajuizada em 19 de julho de 2024a. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6985097>. Acesso em: 9 ago. 2025.

prática de violência contra a genitora seria, por si só, suficiente para configurar o risco grave. Ambas as propostas interpretativas divergem da orientação restritiva do Guia de Boas Práticas da HCCH, o qual exige que a alegação de violência doméstica seja detalhada e substancial e que seja examinado o impacto da violência sobre a criança.

No curso do procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, houve uma manifestação escrita do Advogado-Geral da União, cuja atuação neste processo reveste-se de um caráter dúplice.

De um lado, como em toda ação direta de inconstitucionalidade, o Advogado-Geral da União foi citado para atuar em defesa do ato normativo impugnado, exercendo a função de curador das leis nacionais, nos termos do 103, § 3.º, da Constituição Federal.⁷⁰¹ De outro lado, especificamente em se tratando de uma norma internacional, o Advogado-Geral da União manifestou-se como dirigente máximo da instituição AGU. A AGU é órgão que possui a atribuição constitucional de representar judicial e extrajudicialmente a União, a qual atua no âmbito internacional em nome da

República Federativa do Brasil, nos termos do art. 131, *caput*, c.c. o art. 21, inciso I, da CF.⁷⁰²

De fato, em razão da sua função de representante judicial da União, a AGU é a instituição que ajuíza ordinariamente no Brasil as ações de busca e restituição de crianças ao Estado de residência habitual. Essa atuação processual específica na condição de *custos iuris gentium*, que tem como objetivo dar cumprimento ao compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro na Convenção da Haia de 1980, posiciona a AGU como parte diretamente interessada na discussão sobre a exceção de risco grave, pois as consequências dessa decisão da Corte Suprema repercutirão diretamente sobre sua atuação processual.

O Advogado-Geral da União iniciou sua manifestação ressaltando que a exceção de risco grave deve ser interpretada à luz da realidade lamentavelmente comum de violência contra a mulher no âmbito familiar, considerando-se os “inexoráveis impactos do comportamento do

⁷⁰¹ “Art. 103. § 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 ago. 2025.

⁷⁰² “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.” e “Art. 21. Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;”. BRASIL, 1988.

agressor ao menor”.⁷⁰³ Em seguida, defende-se que não se trata de dar ao texto convencional uma interpretação ampliada, mas simplesmente admitir “o enquadramento da violência doméstica contra genitor também como fator impeditivo ao retorno do menor, situação a ser cuidadosamente avaliada no caso concreto, de acordo com as provas, sobretudo em face da perspectiva de gênero.”⁷⁰⁴

Após citar expressamente do Guia de Boas Práticas do HCCH, o Advogado-Geral da União apresenta uma versão própria sobre o modo como se deve atuar diante de uma alegação de violência doméstica, nos seguintes termos:

Ante a alegação de prática de violência doméstica contra genitor abductor, importa, em primeiro lugar, que se lhe confira a oportunidade de apresentar provas, em âmbito administrativo ou judicial. Em segundo lugar, produzidos os elementos de cognição, torna-se fundamental que a autoridade verticalize o exame desse acervo, para verificar o cometimento de violência doméstica que exponha a criança, em caso de retorno ao país de residência, a grave risco de ordem física ou

*psíquica, ou situação intolerável.*⁷⁰⁵

Na parte final da sua manifestação, o Advogado-Geral da União enfatiza a discussão sobre o standard probatório na análise do risco grave, rechaçando a proposta de que a mera suspeita de violência doméstica seja suficiente para impedir o retorno da criança.

Segundo defende, a suspeita de violência doméstica deve levar a autoridade judicial a conferir a oportunidade de que se apresentem provas dessas alegações, as quais devem ser diligentemente avaliadas, inclusive com perspectiva de gênero. No entanto, a simples suspeita não justificaria a negativa de retorno, exigindo-se um “contexto probatório suficiente” para avaliar a negativa pela autoridade competente.⁷⁰⁶

A proposta interpretativa da AGU incorpora em boa medida as orientações do Guia de Boas Práticas da HCCH. Preferindo uma interpretação mais restritiva, ela admite que a violência doméstica contra o outro genitor possa configurar a exceção de risco grave, mas enfatiza repetidamente a necessidade de exame do caso concreto e a impossibilidade de um julgamento fundado em meras suspeitas.

⁷⁰³ BRASIL. ADI 7686/DF. Manifestação do Advogado-Geral da União. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requerido: Presidente da República. Apresentada em 22 de agosto de 2024b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/>

consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6985097. Acesso em: 9 ago. 2025.

⁷⁰⁴ BRASIL, 2024b, p. 17.

⁷⁰⁵ BRASIL, 2024b, p. 17.

⁷⁰⁶ BRASIL, 2024b, p. 21.

Todavia, na manifestação da AGU, chama atenção a ausência de referência expressa à avaliação das medidas de proteção existentes no Estado de residência habitual. Nesse ponto, embora a menção genérica à verificação da possível exposição da criança à violência doméstica possa estar englobando o exame dessas medidas, é nítido que a proposta da AGU lhes confere um peso muito menor do que o observado nas decisões estrangeiras anteriormente analisadas e no Guia de Boas Práticas da HCCH.

Há também alguma ambiguidade na proposta da AGU quanto à necessidade de se avaliar o impacto da violência sobre a criança. De um lado, afirma-se que o impacto da violência entre genitores na criança é “inexorável”, bem como transcreve-se excerto doutrinário no qual se afirma peremptoriamente que “constatado o risco de violência doméstica à mãe da criança, deve-se indeferir o pedido de retorno”.⁷⁰⁷ De outra parte, sustenta-se também que a autoridade judicial deve avaliar criteriosamente o eventual cometimento de violência doméstica e os reflexos à criança, o que indica que não basta que seja constatado o risco de violência contra a mãe.

Quanto à discussão sobre provas, a proposta da AGU aponta a necessidade de um standard probatório mais rigoroso para justificar

a negativa de retorno da criança com base em alegações de violência doméstica, o que vai ao encontro da exigência contida no Guia de Boas Práticas. No entanto, permanece incerto como definir qual seria esse standard. Uma forma de tentar endereçar esse problema seria a analogia aos estândares probatórios existentes na ordem interna, como propôs o Ministério Público Federal nos autos dessa mesma ação direta de inconstitucionalidade, ao defender que se aplique aos casos de subtração o parâmetro probatório da “fundada suspeita”, como a que se exige para justificar uma busca pessoal nos termos do art. 244 do Código de Processo Penal brasileiro.⁷⁰⁸

Ao colocarmos em paralelo todas as possíveis interpretações da exceção de risco grave aqui apresentadas e os diversos contextos em que ela foi discutida, constata-se que a pretensão de uma uniformidade interpretativa na aplicação de tratados internacionais abrangentes como a Convenção da Haia de 1980 é extremamente problemática. Em verdade, uma pretensão de uniformidade forte na aplicação desta Convenção pelos juízes ao redor do mundo não se sustenta sequer abstratamente. Qualquer pretensão de uniformidade em matéria de interpretação de diplomas internacionais dessa espécie precisa

⁷⁰⁷ BRASIL, 2024b, p. 17.

⁷⁰⁸ BRASIL. ADI 7686/DF. Parecer do Procurador-Geral da República. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requerido: Presidente da República. Apresentado em 5 de fevereiro de 2025.

Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6985097>
. Acesso em: 9 ago. 2025.

ser matizada e admitir alguma grau de variação e abertura ao desenvolvimento do conteúdo do tratado na dinâmica tópica dos casos concretos.

Ao mesmo tempo em que não se pode admitir que cada país elabore a sua interpretação particular do tratado, o que terminaria por esvaziar o caráter cooperativo deste tipo de instrumento internacional, é preciso que haja alguma margem de liberdade para a atuação dos agentes nacionais internos responsáveis pela efetivação das normas internacionais, inclusive quando se tratar de autoridades judiciais. Assim, é preciso atuar dentro da uniformidade possível, na busca pelo equilíbrio entre o universal e o particular na complexa tarefa de concretizar as cláusulas abertas dos tratados internacionais.

Admitindo-se como objetivo essa uniformidade possível, a pergunta que se coloca é: como administrar os conflitos argumentativos que naturalmente surgirão entre as interpretações nacionais de um tratado internacional? Tendo as discussões acerca da interpretação da Convenção da Haia de 1980 como pano de fundo, passa-se a discutir quais estratégias podem ser empregadas na abordagem desse tipo de conflito.

2. ESTRATÉGIAS POSSÍVEIS NA SOLUÇÃO DAS DISPUTAS INTERPRETATIVAS TRANSNACIONAIS

Os tópicos anteriores demonstraram que a aplicação de tratados internacionais no âmbito

interno dos Estados-Parte pode gerar complexos conflitos argumentativos. Esses conflitos podem ocorrer tanto no âmbito nacional, quando os agentes de aplicação da lei interno (juízes, advogados, membros do Ministério Público etc.) divergem quanto ao conteúdo da norma convencional, quanto no âmbito internacional, quando a divergência ocorre entre a interpretação dada ao tratado nas diferentes jurisdições.

Os conflitos internos tendem a ser solucionados pelos mecanismos processuais de uniformização de entendimentos do próprio ordenamento jurídico nacional, como ocorre no Brasil, no qual há uma ação de controle concentrado de constitucionalidade com potencial de uniformizar a interpretação no país através de uma decisão com efeitos vinculantes. Contudo, no âmbito internacional, os caminhos para o enfrentamento dos conflitos argumentativos são mais sinuosos.

A estratégia mais direta para solucionar conflitos de interpretação entre os Estados-Parte seria a superveniência de um novo pacto convencional capaz de esclarecer a matéria, o que poderia ocorrer com a aprovação um protocolo adicional ao tratado anterior ou pela ratificação de um novo tratado que o revisasse integralmente.

A adoção de uma estratégia abrangente como essa poderia, por exemplo, promover a criação de uma exceção ao retorno específica para violência doméstica, com um procedimento diferenciado para pedidos envolvendo esse tipo de

alegação, incluindo disposições relativas às questões probatórias, assistência jurídica, métodos alternativos de resolução de disputas etc.⁷⁰⁹ Todavia, embora este possa ser o caminho mais efetivo e politicamente legítimo, é igualmente o menos provável no curto prazo.

A elaboração de um novo tratado internacional, especialmente quando há um grande número de Estados envolvidos, demanda uma sinergia de forças políticas e diplomáticas que é difícil de ser alcançada. O fato de já haver conhecidas divergências em torno da exceção de violência doméstica entre os Estados torna a discussão ainda menos atrativa, pois é possível que os Estados preferiram manter-se na zona da incerteza a ingressar em uma negociação na qual podem sair derrotados.

Além disso, ainda que se consiga superar todas as etapas envolvidas na preparação e negociação de um novo texto convencional na HCCH, não há garantia de que uma convenção nova sobre subtração internacional consiga atrair a aderência de todos os países que atualmente estão vinculados à Convenção da Haia de 1980, cujo sucesso também pode ser parcialmente creditado à maleabilidade de suas disposições. Igualmente não há garantia de que os países que inicialmente adotaram o Convenção da Haia de 1980 fossem

aderir a um eventual protocolo adicional sobre violência doméstica, embora seja defensável que a elaboração deste protocolo permitia ao menos que Estados com ideias semelhantes fortalecessem o enfrentamento do tema entre si e de que a existência de um protocolo com âmbito de aplicação limitado seja melhor do que não haver protocolo nenhum.⁷¹⁰

Se a intervenção direta dos Estados através de uma nova norma convencional é pouco provável, o enfrentamento dos conflitos argumentativos envolvendo a aplicação dos tratados tende a ficar a cargo das próprias autoridades judiciais que intervêm nos processos de sua aplicação, seja por coordenação vertical, seja por coordenação horizontal.

A coordenação vertical entre os órgãos judiciais ocorre quando há um órgão judicial transnacional com poderes para interpretar as disposições de um tratado em diversos sistemas jurídicos nacionais. Estes órgãos judiciais transnacionais, como o Tribunal Europeu e os tribunais internacionais de direitos humanos, são catalizadores das disputas argumentativas acerca da norma internacional e têm uma função interpretativa uniformizadora tanto em relação àqueles Estados que expressamente se submeteram à sua jurisdição quanto àqueles que apenas estão em sua área de influência. Um

⁷⁰⁹ TRIMMINGS et al, 2023, p. 13.

⁷¹⁰ THORPE, Matthew. The Hague Child Abduction Convention - 25 Years On. The

Judges Newsletter on International Child Protection. Vol. XI. p. 8-10, 2006.

exemplo desse tipo de coordenação vertical é o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, cujas decisões vinculam diretamente os países membros do Conselho da Europa, mas cuja jurisprudência já foi empregada como elemento de decisão em argumentações desenvolvidas por cortes constitucionais africanas e americanas.⁷¹¹

No âmbito da Convenção da Haia de 1980, não há um tribunal ou órgão transnacional especificamente encarregado de resolver as disputas argumentativas sobre a interpretação deste tratado de modo vinculante. A eventual criação de um órgão com essa competência exigiria uma nova norma convencional, o que implica todas as dificuldades já mencionadas quanto à modificação formal da convenção e os receios dos Estados.

Todavia, a subtração internacional de crianças é um tema que se relaciona diretamente com matérias típicas do direito internacional dos direitos humanos, como a proteção da vida privada e familiar e o direito ao devido processo legal. Por essa razão, os procedimentos atualmente existentes perante os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos podem ser acionados para, por via transversa, participar da construção de soluções

uniformizadoras em matéria de subtração internacional.

Já há na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos um histórico jurisprudencial de casos envolvendo processos de subtração internacional de crianças. Especialmente a partir do julgamento do caso *X v. Latvia*, o TEDH firmou sua orientação sentido de que, à luz do direito à vida privada e familiar (art. 8.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁷¹²), os tribunais nacionais têm o dever de proceder a um exame efetivo das exceções previstas na Convenção da Haia de 1980 em casos de subtração, com adequada análise dos fatores relevantes e mediante uma decisão suficientemente fundamentada.⁷¹³

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também já se debruçou sobre aspectos da aplicação da Convenção da Haia de 1980. Ao julgar o caso *Córdoba vs. Paraguay*, em uma decisão que recorreu ao Guia de Boas Práticas da HCCH em diversas passagens, os juízes interamericanos ratificaram que a tramitação de processos que tratam da subtração internacional de crianças, incluindo a execução da sentença, devem ser urgentes, pois o transcurso do tempo pode ter consequências irreparáveis na relação entre a criança e o genitor que com ela não reside.⁷¹⁴ Admitiu-se que a

⁷¹¹ SLAUGHTER, 2000, 1109-1112.

⁷¹² CONSELHO DA EUROPA. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Roma: 4 nov. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 9 ago. 2025.

⁷¹³ KVISBERG, Torunn E. Child Abduction Cases in the European Court Of Human Rights – Changing Views on the Child’s Best Interests. *Oslo Law Review*, v. 6, n. 2, p. 90-106, 2019.

⁷¹⁴ MARTINEZ, Cintia Bayardi; SIRI, Andrés Rousset. Restitución internacional de

demora excessiva pode implicar ofensa a diversos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos,⁷¹⁵ entre eles o direito à integridade pessoal psíquica e moral do genitor abandonado (art. 5), à vida privada e familiar (art. 11.2) e à proteção da família (art. 17).

A utilização de órgãos internacionais de proteção de direitos humanos como mecanismos para intermediar conflitos argumentativos em casos de subtração internacional exige a correlação deste tema com os direitos e garantias previstos em outros tratados internacionais. Ao passo que essa característica impõe uma limitação argumentativa, exigindo uma maior esforço dos intérpretes para enquadrar normas de direito internacional privado nos limites de normas de direitos humanos, há também um ganho em coerência normativa internacional, favorecendo-se uma visão holística que integra os diversos ramos do direito internacional ao invés de tratá-los de modo estanque.

Em todo caso, não há uma coincidência exata entre o âmbito de incidência da Convenção da Haia de 1980 e âmbito de atuação dos órgãos dos sistemas regionais e universal de proteção direitos humanos. Assim, é possível que a opção por esta

estratégia não abarque todos os Estados-Parte, ou ainda, que ela instaure um novo tipo de conflito, com os órgãos internacionais divergindo entre si sobre como devem ser conduzidos os processos de subtração internacional de crianças. O aprofundamento do diálogo entre os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos e o efeito persuasivo do pronunciamento dos tribunais internacionais de direitos humanos para além dos países que se submeteram à sua jurisdição podem desempenhar um papel relevante nesse contexto.

Um modo mais horizontal de arbitrar as diferentes perspectivas existentes acerca da interpretação de tratados internacionais como a Convenção da Haia de 1980, sem a necessidade de criação de um órgão com jurisdição supranacional, seria o aprofundamento de uma postura judicial aberta à interação respeitosa entre magistrados de diferentes jurisdições sintetizadas no conceito de “judicial comity”.⁷¹⁶

A cortesia judicial ou “judicial comity” refere-se a uma compreensão de que cada juiz, independentemente de sua nacionalidade ou jurisdição, é primordialmente um agente adjudicante imparcial e comprometido com a aplicação do direito da melhor

menores: lecciones de la Sentencia de la Corte Interamericana en el caso Córdoba vs. Paraguay. Revista de Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado, p. 65-69, n. 1, 2024.

⁷¹⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da

Costa Rica): assinada em 22 de novembro de 1969. São José, Costa Rica, 1969. Disponível em:

http://www.oas.org/dil/port/1969_Convencao_Americana_sobre_Direitos_Humanos.pdf.

Acesso em: 9 ago. 2025.

⁷¹⁶ SLAUGHTER, 2020, p. 1114.

forma possível. Assim, os conflitos interpretativos transnacionais deveriam ser absorvidos pela comunidade judicante internacional estabelecida não pela criação de um Tribunal global, mas pelos próprios tribunais nacionais trabalhando juntos na implementação transnacional do direito. Essa estratégia privilegia as relações transjurisdicionais e a interação ativa entre tribunais, com um forte incentivo aos diálogos diretos entre juízes de diferentes jurisdições.⁷¹⁷

No âmbito da Convenção da Haia de 1980, uma tentativa de implementar essa via tem sido experimentada com a criação da “*International Hague Network of Judges*” ou “Rede Internacional de Juízes da Haia”. Através deste mecanismo, que já teve adesão de mais de 70 Estados-Parte, a HCCH oferece uma plataforma para o diálogo direto entre tribunais de diversos países por intermédio de juízes de enlace.

Os juízes de enlace são juízes nacionais em exercício, indicados pelos Estados-Parte, com autoridade e experiência comprovada nas temáticas da Convenção. Esses juízes atuam tanto através de comunicações gerais, sendo encarregados de compartilhar com seus colegas de jurisdição

nacional as informações e orientações da HCCH, quanto em comunicações específicas, relativas a um caso concreto. Na atuação específica, o juiz de enlace de um Estado recebe as solicitações de interação judicial direta feitas pelos seus colegas nacionais relativas a um caso em julgamento e as remete para o juiz de enlace do Estado estrangeiro, que intermedia o diálogo naquele país.⁷¹⁸ No Brasil, a atuação dos juízes de enlace está atualmente regulamentada na Resolução n. 852/2024 do Conselho Nacional de Justiça, havendo um juiz de enlace para cada região da Justiça Federal.⁷¹⁹

A utilização deste tipo de estratégia na uniformização da aplicação de um tratado internacional favorece um enfrentamento mais orgânico das disputas argumentativas, incentivando o diálogo direto entre os intérpretes nacionais das normas ao invés de uma decisão arbitrada verticalmente. A horizontalidade na relação direta entre os juízes, que se reconhecem mutuamente como agentes imparciais e igualmente competentes na função jurisdicional, também colaboram para amenizar o efeito que as disparidades econômicas, sociais e políticas podem exercer em todo tipo de disputas entre Estados.

⁷¹⁷ SLAUGHTER, 2020, p. 1114.

⁷¹⁸ LORTIE, Philippe. Direct Judicial Communications and the International Hague Network of Judges under the Hague 1980 Child Abduction Convention. Private International Law in the Jurisprudence of European Courts—Family at Focus, p. 137-150, 2015.

⁷¹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução n. 852, de 11 de outubro de 2024.

Dispõe sobre a Rede brasileira de Juízes de Enlace para a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, de 1980. Brasília, DF: CNJ, 2024. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/resolucao_852_2024/. Acesso em: 9 ago. 2025.

De outra parte, este tipo de abordagem centraliza excessivamente a solução da disputa argumentativa nos juízes nacionais. Assim, ignora-se o componente político do direito internacional e a premissa de que um tratado internacional é fruto da vontade dos Estado-nação e não do Estado-juiz. Do mesmo modo, pensar as disputas argumentativas com enfoque apenas nos juízes desconsidera o importante papel desempenhado por outros agentes nacionais, como a Advocacia-Geral da União no Brasil.

É preciso considerar, ainda, que as relações entre juízes de diferentes nacionalidades nem sempre são tão solícitas. A tentativa de diálogo direito pode terminar com acusações mútuas entre os juízes de tentativas de interferência na sua independência funcional e o grau de abertura da função jurisdicional à internacionalização varia bastante entre as diferentes culturas jurídicas nacionais.⁷²⁰ Todas essas dificuldades de ordem prática podem ser um problema na efetivação de mecanismos de cortesia judicial.

Por fim, uma forma menos autoritativa de enfrentar disputas transnacionais sobre a interpretação de tratados é a adoção de instrumentos de *soft law*. Em verdade, essa tem sido a estratégia que encontrou maior aderência no âmbito da Convenção da Haia de 1980 e o respeito demonstrado pelo Guia de

Boas Práticas da HCCH nas decisões analisadas neste trabalho demonstra o grande potencial desse mecanismo.

Os instrumentos de *soft law* são textos normativos não vinculantes produzidos por agentes estatais (*state-generated soft law*), agentes não estatais (*non-state generated soft law*) e por agentes não-estatais que foram criados pelos Estados (*quasi-state-generated soft law*),⁷²¹ enquadrando-se o Guia de Boas Práticas da HCCH nesta última categoria.

A “suavidade” desse tipo de instrumento traz benefícios e riscos. Entre os benefícios estão uma maior celeridade em sua elaboração do que em um tratado internacional, facilitação dos acordos entre especialistas no tema e menores embates políticos na aprovação. Entre os riscos destacam-se o possível questionamento quanto à legitimidade dos atores envolvidos em sua elaboração, a eventual interferência ou conflito destes instrumentos com normas vinculantes vigentes nos Estados e a ausência de mecanismos efetivos para garantir a adesão às suas disposições.⁷²²

Na discussão sobre violência doméstica no marco da Convenção da Haia de 1980, o Guia de Boas Práticas foi um ponto de referência altamente valorado tanto nas decisões nacionais internas quanto nas decisões dos órgãos internacionais de direitos humanos, mesmo tratando-se de um instrumento de *soft law*. Embora

⁷²⁰ SLAUGHTER, 2020, p. 1114-1115.

⁷²¹ ILORI, Tomiwa. Protecting digital rights through soft law: Ensuring the implementation of the revised Declaration of Principles on

Freedom of Expression and Access to Information in Africa. *African Human Rights Law Journal*, Pretoria, v. 24, n. 1, p. 1-30, 2024.

⁷²² ILORI, 2024., p. 12.

alguma divergência interpretativa na aplicação das orientações nela contidas tenha sido constatada, verificou-se também que houve um esforço geral em dialogar com as orientações do Guia e não em ignorá-las. Assim, a ausência de efeito formal vinculante não impediu que esse instrumento exercesse um papel importante como mecanismo de uniformização.

Os dois problemas centrais dos mecanismos de *soft law*, que seriam a falta de legitimidade e a falta de eficácia, foram contrabalanceados pelo prestígio alcançado pela HCCH no campo do direito internacional privado. A HCCH se esforça em manter um diálogo constante com os Estados através de seu Escritório Permanente na Haia e de seus escritórios regionais para a América Latina e Caribe (Buenos Aires) e para a Ásia e o Pacífico (Hong Kong). Sua expertise no tema da subtração internacional não se limitou à elaboração do Guia de Boas Práticas, mas engloba a promoção de diversos outros eventos e materiais acadêmicos, bem como o gerenciamento de iniciativas inovadoras, como a rede de juízes de enlace. Percebe-se, assim, como a autoridade prática construída pela HCCH foi projetada sobre o Guia de Boas Práticas, facilitando a sua recepção como elemento relevante na tomada de decisão nas jurisdições nacionais.

Em síntese, é nítido que os tratados internacionais nos colocam diante de um paradoxo: eles são criados para consolidar consensos internacionais, mas sua aplicação é

fonte de dissensos transnacionais. Os meios de enfrentamento destas disputas argumentativas transnacionais aqui expostos não são exaustivos nem há razão para serem excludentes entre si. O surgimento de disputas argumentativas transnacionais em torno da interpretação de tratados é um desenvolvimento natural de sua aplicação e os meios para endereçar esse problema podem variar bastante conforme o caso.

No âmbito da discussão sobre violência doméstica na aplicação da Convenção da Haia de 1980, é possível que diversos meios de enfrentamento de disputas transnacionais sejam aplicados concomitantemente. De um modo geral, tem se destacado a opção pelo emprego de mecanismos de *soft law*, notadamente através da difusão do Guia de Boas Práticas da HCCH. No entanto, também há iniciativas de coordenação judicial vertical e horizontal sendo empregados no desenvolvimento do direito aplicável aos casos de subtração internacional de crianças. Além disso, apesar de improvável no momento, permanece sempre aberta a possibilidade de composição do conflito interpretativo pela intervenção direta dos Estados através de uma nova norma convencional.

Independentemente dos meios utilizados para lidar com as disputas argumentativas transnacionais geradas pela Convenção da Haia de 1980 ou outros tratados internacionais, o manejo adequado desses embates é crucial para o desenvolvimento do direito internacional e processual

contemporâneos. A eficácia do multilateralismo e a manutenção da cooperação jurídica internacional dependem da capacidade de as instituições nacionais e internacionais desenvolverem soluções coletivas e dialogadas para suas divergências. Desconsiderar essa necessidade pode favorecer uma postura isolacionista dos Estados, revertendo as relações internacionais ao binômio imposição/submissão, em detrimento da cooperação.

CONCLUSÃO

A Convenção da Haia de 1980 estabelece a cooperação entre Estados para o retorno rápido de crianças ilicitamente transferidas ou retidas fora de sua residência habitual, visando reduzir impactos negativos no desenvolvimento psicossocial da criança e preservar a competência do juiz natural do Estado de residência habitual. No entanto, a Convenção admite exceções à regra do retorno imediato, entre elas o risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. É no contexto dessa cláusula de exceção aberta que surgem disputas transnacionais acerca do impacto da violência doméstica nos processos de subtração internacional de crianças, com discussões sobre o que caracteriza a violência doméstica para fins do tratado, qual tipo de violência autoriza uma decisão de não retorno e qual o standard argumentativo-

probatório exigível nesse tipo de decisão.

Em 2020, o Conselho sobre Assuntos Gerais e Política da HCCH publicou um Guia de Boas Práticas sobre a exceção de risco grave em casos de subtração internacional de crianças, recomendando uma interpretação restritiva do instituto. Nos casos em que há alegação de violência doméstica, o Guia propõe uma avaliação detalhada para determinar a aplicação da exceção de risco grave, considerando-se o impacto da violência sobre a criança e a existência de medidas de proteção suficientes no Estado de residência habitual. Embora o Guia não seja vinculante, ele serve como uma importante diretriz para juízes em diferentes Estados-Parte da Convenção da Haia de 1980.

Ao longo deste trabalho, foram analisadas decisões judiciais proferidas em diferentes jurisdições em casos nos quais houve alegação de violência doméstica no curso de processos relativos à subtração internacional de crianças. Os casos analisados demonstraram uma convergência geral com a abordagem do Guia de Boas Práticas, que preconiza uma interpretação restritiva e criteriosa. A análise em duas etapas, que considera o detalhamento e substância da alegação de violência doméstica e a existência de medidas de proteção no Estado de residência habitual, foi adotada em diversas jurisdições. No entanto, houve variações na importância dada à análise das medidas de proteção existentes no Estado de residência

habitual e na interpretação sobre se a violência doméstica deve atingir diretamente a criança. As abordagens sobre o standard probatório necessário também variaram, com os tribunais aplicando critérios de forma casuística, sem uma definição clara e sistemática.

No contexto brasileiro, destacou-se que há uma ação direta de inconstitucionalidade questionando a aplicação do art. 13, 1, b, da Convenção de Haia de 1980 pelos juízes brasileiros em casos de alegação de violência doméstica. No curso dessa ação, o Advogado-Geral da União defendeu que a exceção deve basear-se em evidências substanciais, não apenas suspeitas, alinhando-se ao Guia de Boas Práticas da HCCH. Contudo, a manifestação da AGU não foi precisa sobre a necessidade de se avaliar concretamente os impactos da violência sobre a criança e atribuiu pouco relevância à análise das medidas de proteção existentes no país de residência habitual.

As divergências existentes na interpretação dos tratados pelos diversos Estados-parte podem ser endereçadas de diversas maneiras. As alternativas incluem desde a intervenção direta dos Estados através da produção de um novo tratado até a coordenação entre órgãos jurisdicionais, seja em um formato verticalizado, através da atuação de tribunais supranacionais, seja em um formato horizontalizado, pelo diálogo direto entre juízes de diferentes jurisdições. Há, ainda, a possibilidade de utilização de instrumentos de *soft law* que, embora não possuam efeito

vinculante, podem ser bastante eficazes na missão uniformizadora. Cada um desses mecanismos de enfrentamento de disputas transnacionais possui suas próprias vantagens e riscos e, no âmbito da discussão sobre violência doméstica na Convenção da Haia de 1980, eles estão sendo manejados concomitantemente.

A análise empírica demonstra que não há um modelo predeterminado sobre como conflitos transnacionais devam ser endereçados e que a resposta para esse tipo de problema deve variar conforme as características do tratado internacional, os atores envolvidos e os temas em discussão, tudo isso sem descuidar do componente político que permeia todo direito internacional. A gestão adequada desses conflitos é fundamental para o avanço do direito internacional e processual na atualidade, pois a efetividade do multilateralismo e a continuidade da cooperação jurídica internacional dependem da habilidade das instituições nacionais e internacionais em elaborar soluções coletivas e dialogadas para suas divergências.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Cámara de Apelaciones de Familia – Provincia de Mendoza. B. H. c/ D. M. S. p/ restitución internacional de N.N.A. 2 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.juri.jus.mendoza.gov.ar/jur/sumfal/sf.php?fallo=MjAw>

- MDAwMTA3NDQ=&tabla=Y2M=.
- Acesso em: 9 ago. 2025.
- BEAUMONT, Paul R.; MCELEAVY, Peter E. The Hague Convention on international child abduction. Oxford University Press, 1999.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 ago. 2025.
- BRASIL. ADI 7686/DF. Petição inicial. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requerido: Presidente da República. Ajuizada em 19 de julho de 2024a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeltronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6985097>. Acesso em: 9 ago. 2025.
- BRASIL. ADI 7686/DF. Manifestação do Advogado-Geral da União. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requerido: Presidente da República. Apresentada em 22 de agosto de 2024b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeltronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6985097>. Acesso em: 9 ago. 2025.
- BRASIL. ADI 7686/DF. Parecer do Procurador-Geral da República. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requerido: Presidente da República. Apresentado em 5 de fevereiro de 2025. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeltronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6985097>. Acesso em: 9 ago. 2025.
- BRASIL. Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 138, n. 72-E, p. 1-2, 17 abr. 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm. Acesso em: 9 ago. 2025.
- BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 143, n. 152, p. 1-2, 8 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 9 ago. 2025.
- CONSELHO DA EUROPA. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Roma: 4 nov. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 9 ago. 2025.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução n. 852, de 11 de outubro de 2024. Dispõe sobre a Rede brasileira de Juízes de Enlace para a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, de 1980. Brasília, DF: CNJ, 2024. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/atos_nor

- mativos/resolucao_852_2024/. Acesso em: 9 ago. 2025.
- HCCH. Convenção sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças: concluída em 25 de outubro de 1980. Haia: HCCH, 1980. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>. Acesso em: 9 ago. 2025.
- HCCH. Guide to Good Practice under the 1980 Child Abduction Convention - Part VI: Article 13(1)(b). Haia: HCCH, 2020. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=7059>. Acesso em: 9 ago. 2025.
- HCCH. Global Report – Statistical study of applications made in 2021 under the 1980 Child Abduction Convention. Haia: HCCH, 2023. Elaborado por: Nigel Lowe e Victoria Stephens. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/bf685eaa-91f2-412a-bb19-e39f80df262a.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2025.
- ILORI, Tomiwa. Protecting digital rights through soft law: Ensuring the implementation of the revised Declaration of Principles on Freedom of Expression and Access to Information in Africa. *African Human Rights Law Journal*, Pretoria, v. 24, n. 1, p. 1-30, 2024.
- JAPÃO. Osaka High Court (9th Civil Division). 2017 (Ra) No. 742 Appeal case against an order of the return of a child. Translation provided by Ministry of Foreign Affairs of Japan. 15 de set. de 2017. Disponível em: [https://www.incadat.com/en/search?search\[page\]=5&search%5Barticles%5D%5B0%5D=Article+13%281%29%28a%29](https://www.incadat.com/en/search?search[page]=5&search%5Barticles%5D%5B0%5D=Article+13%281%29%28a%29). Acesso em: 9 ago. 2025.
- KVISBERG, Torunn E. Child Abduction Cases in the European Court Of Human Rights—Changing Views on the Child’s Best Interests. *Oslo Law Review*, v. 6, n. 2, p. 90-106, 2019.
- LEWIS, Jeanine. The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity. *Global Business & Development Law Journal*, v. 13, n. 2, p. 391-449, 2000.
- MARTINEZ, Cintia Bayardi; SIRI, Andrés Rousset. Restitución internacional de menores: lecciones de la Sentencia de la Corte Interamericana en el caso Córdoba vs. Paraguay. *Revista de Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado*, p. 65-69, n. 1, 2024.
- MONJE, Alicia González. La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, p. 1627-1660, 2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Americana sobre Direitos

Humanos (Pacto de San José da Costa Rica): assinada em 22 de novembro de 1969. São José, Costa Rica, 1969. Disponível em: http://www.oas.org/dil/port/1969_Convencao_Americana_sobre_Direitos_Humanos.pdf. Acesso em: 9 ago. 2025.

PÉREZ-VERA, Elisa. Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention. In: Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980). Tome III: Child Abduction. Haia: Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, 1980. p. 426-476. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2025.

REINO UNIDO. Extra Division, Inner House, Court of Session,

Scotland. AD v. SD. 17 de março de 2023. Disponível em: <https://www.incadat.com/download/cms/files/2023-12/id1556-full-text-en.pdf>. Acesso em: 9 ago. de 2025.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial Globalization. Virginia Journal of International Law, v. 40, n. 4, p. 1103-1124, 2000.

THORPE, Matthew. 2006. The Hague Child Abduction Convention - 25 Years On. The Judges Newsletter on International Child Protection. Vol. XI. p. 8-10, 2006.

TRIMMINGS, Katarina; MOMOH, Onyója; KALAITSOGLU, Konstantina. The Interplay between the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and Domestic Violence. Laws, v. 12, n. 5, p. 78, 2023.

ANEXO

Questions considered by the court in the analysis of the Article 13(1)(b) exception

Courts shall act expeditiously in the proceedings for the prompt return of the child (Preamble and Art. 11(1)).

Gathering and evaluating the information or evidence is done according to the laws, procedures and practices of each jurisdiction.

With regard to protective measures, the court should consider seeking the cooperation of Central Authorities and / or IHNJ judges.

Are the facts asserted by the person, institution or other body which opposes the child's return of sufficient detail and substance that they could constitute a grave risk that the return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation?

NO

The court orders the return of the child.

YES

After the evaluation of the information or evidence:

Has the person, institution or other body which opposes the child's return (in most cases, the taking parent) satisfied the court that there is a grave risk that the return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation, taking into account any adequate and effective measures available or in place in the State of habitual residence to protect the child from the grave risk?

NO

The court orders the return of the child.

YES

The grave risk exception is established and the court is NOT bound to order the return of the child.

In some jurisdictions, courts begin by asking: are there adequate and effective measures of protection available and / or in place which would protect the child from the asserted grave risk?

NO

YES

Figura: Questions considered by the court in the analysis of the Article 13(1)(b) exception

HONORÁRIOS AUTOCOMPOSITIVOS E O INTERESSE PÚBLICO NA PERCEPÇÃO DE HONORÁRIOS: UMA REFLEXÃO SOBRE A ATUAÇÃO RESOLUTIVA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO ESTADO DO PARÁ⁷²³

SELF-COMPOSITION FEES AND THE PUBLIC INTEREST IN THE PERCEPTION OF FEES: A REFLECTION ON RESOLVING ACTION BASED ON THE EXPERIENCE OF THE STATE OF PARÁ

Thiago Vasconcellos Jesus

Doutorando e mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialização em Direito Público pela Universidade Gama Filho (UGF). Graduação em Direito (UFPA). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP) e do Grupo de Pesquisa “Conflitos: administração, processo e a paz” (CNPq). Foi Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal. Membro das Comissões autocompositivas de criação da PCAM/PA (LC n.º 121/2019) e de criação da transação fiscal (Lei n.º 9.260/2021 e Decreto n.º 1.795/2021) e presidente da comissão que a regulamentou (Instrução Normativa Conjunta PGE-SEFA n.º 001/2023). Foi procurador do estado de Minas Gerais. Ex-servidor do Ministério Público da União (MPU) lotado na Procuradoria da República no Estado do Pará (PR/PA). E-mail: thiago.jesus@pge.pa.gov.br

Sandoval Alves da Silva

Doutor e mestre em Direito (UFPA), na linha de pesquisa sobre constitucionalismo, democracia e direitos humanos. Procurador do trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 8.ª Região. Procurador-Chefe da 8.ª Região. Professor da UFPA, na graduação e na pós-graduação em Direito. Membro da International Association of Procedural Law (IAPL), membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP). Associado fundador da ANNEP. Líder do Grupo de Pesquisa “Conflitos: administração, processo e a paz” (CNPq). Ex-procurador do estado do Pará. Ex-assessor da Auditoria Geral do Estado do Pará (AGE/PA) e ex-analista de controle externo do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA). E-mail: sandovalalves8@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1795-2281>

Enore Correa Monteiro

Mestre em Direito (PPGDDA/UFPA). Pós-graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ). Graduado em Direito (UFPA). Procurador do Estado do Pará. Diretor da Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado da Fazenda. E-mail: enoremonteiro@hotmail.com

RESUMO: O acesso à justiça é um direito social que não é assegurado exclusivamente pelo Judiciário. Utilizando-se o método dedutivo e

⁷²³ Artigo recebido em 25/01/2024 e aprovado em 21/02/2025.

realizando-se uma pesquisa documental e bibliográfica, apontam-se neste artigo possíveis premissas referentes ao acesso à justiça, ao sistema multiportas e ao interesse público, todas a serem consideradas pela Administração Pública. Analisando-se a doutrina, a legislação e a jurisprudência em cotejo com a experiência da Câmara Autocompositiva estadual do Pará sobre a criação, a concretização, a realização e a divulgação de acordos e com outros dados disponibilizados no *site* oficial da Procuradoria-Geral do Estado do Pará, questiona-se se o abandono da tentativa de solução autocompositiva pelo advogado particular poderia afastar a sucumbência do Poder Público e, por consequência, os honorários do advogado demandista. O artigo busca examinar o conflito existente entre o interesse particular do advogado na percepção de honorários sucumbenciais e o efetivo acesso à justiça por meio da realização de acordo. Conclui-se que é possível o afastamento gradual e provisório no caso concreto do estado do Pará, quando expressamente divulgadas em *site* oficial as hipóteses em que a autocomposição está autorizada.

PALAVRAS-CHAVE: acesso à justiça; sistema multiportas; interesse público; honorários autocompositivos; estado do Pará.

ABSTRACT: Access to justice is a social right that is not guaranteed exclusively by the judiciary. Based on the deductive method and documentary and

bibliographic research, possible premises regarding access to justice, the multi-door system and the public interest are pointed out, all to be considered by the Public Administration. Analyzing the doctrine, the legislation and the jurisprudence in comparison with the experience of the state self-compositional chamber of Pará on the creation, implementation, realization and dissemination of agreements and other data made available on the official website of the Attorney General's Office of the state of Pará, it is questioned whether the abandonment of the attempt at self-composed solution by the private lawyer could prevent the succumbence of the Public Power and, consequently, the fees to the plaintiff lawyer. It is concluded that it is possible the gradual and provisional removal the concrete case of the State of Pará, when expressly disclosed on the official website the hypotheses in which the self-composition is authorized.

KEYWORDS: access to justice; multi-door system; public interest; self-composition fees; State of Pará.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça, o sistema multiportas, o interesse público, as características da jurisdição e a proposta cooperativa do Código de Processo Civil (CPC) suscitam algumas reflexões sobre as posturas a serem adotadas pelos envolvidos em eventuais conflitos.

O presente artigo parte da

premissa de que os honorários sucumbenciais exigem a efetiva derrota judicial em demanda com interesse processual de agir, na qual fique demonstrado o fracasso da primariedade autocompositiva.

A propósito, o CPC incentiva os envolvidos a promover a solução dos conflitos por acordo, a atuação cooperativa para uma decisão de mérito justa e efetiva e o comportamento segundo a boa-fé.

Não se desconhece a problemática decorrente da crescente judicialização e da demora (e possível inefetividade) da prestação jurisdicional. Não se desconhece tampouco que a razoável duração do processo e a respectiva celeridade – no âmbito judicial e administrativo – são direitos fundamentais expressamente assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988).

A atuação demandista, que desconsidera meios autocompositivos de resolução de litígios visando prioritariamente apenas a percepção de honorários sucumbenciais tidos como certos, pode privilegiar o interesse particular do advogado em detrimento do acesso à justiça célere, responsável e efetivo desejado pelos envolvidos no conflito, problema ou insatisfação social (CPIS). Esse potencial conflito entre o interesse particular do advogado e o interesse público, caracterizado pela pacificação de conflitos e pela redução da litigiosidade, é o cerne deste artigo.

Nesse contexto, a partir do método de abordagem dedutivo e de uma pesquisa documental e bibliográfica, pretende-se apontar premissas teóricas sobre o acesso à justiça, o sistema multiportas, a secundariedade de jurisdição e o interesse público, bem como identificar a experiência e as características da Câmara Autocompositiva estadual do Pará. Ainda, pretende-se examinar as possíveis consequências de uma atuação demandista ou não resolutive do advogado particular contra o Poder Público, que, por sua vez, tenha divulgado previamente as matérias nas quais a autocomposição estava autorizada.

Num esforço metodológico para aliar razões epistemológicas e práticas, buscar-se-á responder ao seguinte questionamento: a inexistência da tentativa de administração autocompositiva por parte do advogado, particular ou público, pode configurar ausência de causa justificadora dos honorários sucumbenciais, por ter dado causa à judicialização da demanda sem que tenha sido utilizada a ação material? Ao final, à luz de estudos doutrinários, do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA), da previsão legislativa federal (CPC e Lei da Mediação) e paraense (Lei Complementar (LC) n.º 121/2019)⁷²⁴ e da análise de

⁷²⁴ PARÁ. Lei Complementar n.º 121, de 10 de junho de 2019. Cria a Câmara de Negociação,

Conciliação, Mediação, e Arbitragem da Administração Pública Estadual, institui

informações disponibilizadas no *site* da Procuradoria-Geral do Estado do Pará (PGE/PA), indicar-se-á uma possível consequência de eventual atuação demandista do advogado particular contra o Poder Público, sem implicar prejuízos aos demais envolvidos.

1. O ACESSO À JUSTIÇA, O SISTEMA MULTIORTAS E O INTERESSE PÚBLICO

Sobre o acesso à justiça, que é um direito social⁷²⁵, importa dizer que o Judiciário é o órgão em que os conflitos deveriam terminar e não começar (como ocorre no Brasil). Cabe questionar se o Judiciário é a melhor forma de resolução e de administração de alguns conflitos. De fato, cumpre destacar o necessário acesso à ordem jurídica justa – correspondente ao direito à informação sobre o direito substancial e a adequação dos meios

dispostos pela ordem jurídica para a sua consecução⁷²⁶ – e a existência de um sistema de múltiplas portas para efetivar a solução dos conflitos⁷²⁷.

Importa interpretar o princípio da inafastabilidade do acesso jurisdicional não só como acesso formal aos órgãos do Judiciário, mas, principalmente, como o acesso à justiça⁷²⁸ que assegura efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação de justiça e como o acesso à ordem jurídica justa⁷²⁹.

Nesse contexto, considerando a terceira onda renovatória do acesso à justiça, é necessário reconhecer um enfoque mais amplo, centrando-se a atenção no conjunto de instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas, adaptando-se o enfrentamento do conflito ao tipo de litígio para o qual se busca solução e às partes nele envolvidas⁷³⁰.

medidas para a redução da litigiosidade administrativa e perante o Poder Judiciário e altera a Lei Complementar n.º 41, de 29 de agosto de 2002. *Diário Oficial do Estado*, Belém, n. 33.894, p. 10-12, 12 jun. 2019a.

⁷²⁵ SILVA, Sandoval Alves da. O (in)acesso à justiça social com a demolidora reforma trabalhista. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 1085.

⁷²⁶ WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 10.

⁷²⁷ DIÁLOGO entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; 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. 25-37.

⁷²⁸ Registre-se que o atendimento das necessidades humanas pode ser feito, entre outros atores, pelo Estado, que assume o dever de concretizar os direitos sociais para atender às necessidades humanas, à luz de uma concepção social, que busca o alcance do bem-estar de cada um (SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 59 e p. 63).

⁷²⁹ SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 47 e p. 49.

⁷³⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988, p.

O cerne do acesso à justiça consiste em sua realização no contexto em que se inserem as pessoas, e não em possibilitar que todos possam ir à Corte. Há que se ofertar múltiplas possibilidades para a solução dos conflitos, pois a coexistência de todos os métodos acessíveis contribui para um sistema pluriprocessual eficiente e adequado⁷³¹.

É dever do Estado e de entes privados (apesar de ser responsabilidade dos a autocomposição) disponibilizar e incrementar gradualmente os diversos métodos e ambientes de prevenção ou solução das disputas, de forma presencial ou virtual, que permita equacionar celeridade, eficiência e satisfação aos envolvidos⁷³².

Convém considerar os direitos a procedimentos como direitos a ações estatais positivas. Cabe à Fazenda Pública a responsabilidade por determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais, que consistem em direitos a uma

proteção efetiva. O resultado do procedimento deve proteger efetivamente os direitos materiais dos interessados e dos titulares de direitos fundamentais submetidos à discussão⁷³³.

Em um modelo de Estado Democrático de Direito (EDD), os poderes públicos constituem meios para a proteção e a promoção dos direitos humanos⁷³⁴. Os direitos fundamentais são premissas do EDD, sendo necessários procedimentos para seu manejo e sua implementação. O Estado passa a ser uma instituição necessária para a proteção e a garantia dos direitos fundamentais na sociedade civil⁷³⁵.

A propósito, o CPC atribui à Administração Pública a criação de câmaras de mediação e conciliação, com funções relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo (art. 174); da mesma forma, a Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015) em seus artigos 32 e seguintes⁷³⁶.

67-68; EIDT, Elisa Berton. *Autocomposição na Administração Pública*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 95.

⁷³¹TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 69-72 e p. 84.

⁷³² NAVARRO, Tricia. *Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2024, p. 30-32 e 50-56.

⁷³³ ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 488; SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 199; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos; PINHEIRO, Victor Sales. *Solução consensual dos conflitos: a Fazenda Pública e a concretização dos direitos fundamentais*.

Revista de Processo, São Paulo, v. 46, n. 312, p. 411-445, fev. 2021, p. 360.

⁷³⁴ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 34 e p. 45-46.

⁷³⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 160-161.

⁷³⁶ Nesse sentido, o Enunciado n.º 84 do Conselho da Justiça Federal (CJF/2016): “O Poder Público – inclusive o Poder Judiciário – e a sociedade civil deverão estimular a criação, no âmbito das procuradorias municipais e estaduais, de centros de solução de conflitos, voltados à solução de litígios entre a Administração Pública e os cidadãos, como, por exemplo, a Central de Negociação da Procuradoria-Geral da União”.

A oferta de diferentes alternativas tem como objetivo assegurar a eficácia na busca da solução (ou melhor, da administração), com menores custos e mais celeridade, além da satisfação com o resultado alcançado⁷³⁷, não consistindo em mera diminuição de custos⁷³⁸.

Frise-se que a atual crise do Judiciário, pela lentidão, pela ineficiência, pelo custo e pela dificuldade de sua utilização, abala a confiança nos tribunais⁷³⁹. O tempo médio de duração dos processos judiciais revela que as maiores faixas de duração estão concentradas no tempo do processo pendente, em específico na fase de execução da Justiça Federal (8 anos e 9 meses) e da Justiça Estadual (4 anos e 4 meses). Na fase de execução, o tempo médio de tramitação é o triplo do tempo

dispensado na fase de conhecimento⁷⁴⁰.

Os procedimentos que levam ao consenso (ou melhor, ao acordo), como a mediação e a conciliação, não são medidas secundárias ou que visam apenas a desafogar o Poder Judiciário. Na verdade, são medidas adequadas, materiais, autônomas, privadas, com protagonismo e primariedade dos envolvidos⁷⁴¹ para certos tipos de conflitos, inseridas em um sistema multiportas à disposição dos envolvidos em conflito. Cumpre destacar a secundariedade (e a substitutividade) da jurisdição na tutela de direitos coletivos tendo em vista o potencial do diálogo racional autocompositivo em demandas de alta conflituosidade e intensa complexidade⁷⁴². A própria Advocacia Pública, diante da quantidade maciça de conflitos, pode desenvolver medidas e técnicas de negociação

⁷³⁷ EIDT, Elisa Berton. *Autocomposição na Administração Pública*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 87.

⁷³⁸ CASTELO BRANCO, Janaina Soares Noletto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. 2. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 72.

⁷³⁹ EIDT, Elisa Berton. *Autocomposição na Administração Pública*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 97-115.

⁷⁴⁰ Conforme Relatório Justiça em números divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2024, tendo 2023 como ano-base (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2024 (ano-base 2023)*. Brasília, DF: CNJ, 2024, p. 283).

⁷⁴¹ Sobre a natureza material primária privada e autônoma (por exemplo, da autotutela e da autocomposição) e sobre a natureza processual do regime de substitutividade heterocompositivo – que “incapacita” os reais

protagonistas do conflito para decidir – e delega a deliberação racional, humanizada, justa e equitativa para um terceiro imparcial, após a tentativa infrutífera (ou vedada pelo ordenamento jurídico, nos casos de ação necessária ou exercício arbitrário das próprias razões) de solução de conflitos, ver: SILVA, Sandoval Alves da; ALVES, Camille de Azevedo; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. O papel dos sujeitos na justiça restaurativa aplicada a casos cíveis judicializados: protagonismo ou substituição? *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, v. 32, n. 3, p. 256-284, set./dez. 2023.

⁷⁴² GÓES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos. A necessidade da premissa dialógica como interesse processual nos processos coletivos. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 27, n. 10, set./dez. 2020, p. 285-286.

direta e práticas de solução (ou melhor, de administração) colaborativa de disputas⁷⁴³.

Nesses termos, tanto o STF (concluindo que melhor atenderá à ultimação desse interesse)⁷⁴⁴ quanto o STJ (admitindo em dano ambiental, excepcionalmente para danos difusos, obrigação de fazer e não fazer)⁷⁴⁵ já reconheceram a reavaliação (ou melhor, a gradação) do sentido e do alcance da indisponibilidade dos direitos⁷⁴⁶. Os tribunais superiores passaram, assim, a rever a interpretação semântica dada nos últimos tempos ao termo “(in)disponibilidade”, que representa a “(in)capacidade”⁷⁴⁷ ou ausência de legitimidade de certos grupos ou pessoas de dispor de seus direitos, interesses e atendimento de suas necessidades humanas e desejos

racionalmente defensáveis, modulando tal termo para que sejam abordados outros quesitos, de forma a concretizar e a realizar direitos humanos.

Observa-se que cabe ao Poder Público criar e assegurar o funcionamento de múltiplas portas para viabilizar e para implementar o direito fundamental social de acesso à justiça. Ainda, o atendimento não necessariamente será prestado pelo Judiciário, sendo recomendáveis a primariedade da autocomposição (ressalvadas as ações necessárias) e a respectiva comprovação do interesse de agir, dada a característica da secundariedade da jurisdição, assim considerada pela atuação derivada do juiz ante a ausência de atividade primária e originária dos envolvidos⁷⁴⁸.

Acrescentem-se a nova

⁷⁴³ FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Terminação consensual de litígios judiciais envolvendo o poder público estadual como política pública entre os anos de 2015 e 2019. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2020, p. 170.

⁷⁴⁴ Nesse sentido: STF (1. Turma). RE 253.885/MG. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 04/06/2002. Publicação: DJ 21/06/2002, p. 118.

⁷⁴⁵ Foi essa a orientação no do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no REsp 299.400/RJ. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Relator para acórdão: Min. Eliana Calmon. Publicação: DJ 02/08/2006, p. 229).

⁷⁴⁶ SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos; PINHEIRO, Victor Sales. Solução consensual dos conflitos: a Fazenda Pública e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 46, n. 312, fev. 2021, p. 420-421.

⁷⁴⁷ Sobre a possível “incapacitação” relacional postulatória e relacional decisória do sujeito, a

primeira em relação ao advogado e a segunda em relação ao juiz, defende-se que os sujeitos envolvidos num conflito terão necessariamente de contratar advogado (para representação em juízo), que reportará os fatos utilizando-se de termos jurídicos. Os advogados substituirão, assim, os reais protagonistas do conflito (via petição) e, em seguida, serão substituídos ou “incapacitados” pela decisão do juiz, que é um terceiro imparcial, em regime derivado de substituição de vontade (SILVA, Sandoval Alves da; ALVES, Camille de Azevedo; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. O papel dos sujeitos na justiça restaurativa aplicada a casos cíveis judicializados: protagonismo ou substituição? *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, v. 32, n. 3, p. 256-284, set./dez. 2023).

⁷⁴⁸ SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016. Entendendo não haver secundariedade ou primariedade, ver: GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador:

abordagem e o refinamento conceitual de “interesse público”, notadamente como sendo a implementação da dignidade da pessoa humana, a colocar os direitos fundamentais como protagonistas na interpretação do ordenamento jurídico-administrativo, aproximando-o do termo “interesses gerais”⁷⁴⁹. Além disso, os interesses possuem uma perspectiva dinâmica, e o foco do Estado está ligado à satisfação das necessidades humanas e de desejos racionalmente defensáveis, individual ou coletivamente considerados⁷⁵⁰. De fato, o “interesse público” afirma os direitos fundamentais⁷⁵¹, em uma perspectiva constitucional.

O tema da autocomposição pela Administração Pública (*in casu*, do estado do Pará) é novo no ordenamento jurídico pátrio e merece amadurecimento. Ao se constatar que o setor público figura entre os maiores litigantes na atualidade, seria

questionável se o Estado ficasse apartado do incentivo legislativo às soluções consensuais (por acordo) nessa onda renovatória de pacificação social⁷⁵².

É possível sustentar que o interesse público (coletivo ou comum) ocorre quando, por meio da conciliação (ou melhor, da autocomposição), viabiliza-se o cumprimento da função administrativa ainda não efetivada, mas expressa em Lei⁷⁵³. De fato, a análise prévia da possibilidade jurídica do acordo deve estar dentro dos limites da função administrativa, da legalidade e da moralidade fundamentais a todo ato administrativo; eventual insistência no litígio, quando houver convicção do direito do autor, seria contrária ao interesse público, porque contrária à Lei. Cabe ao agente público o dever de propor a solução pacífica do conflito com o consequente cumprimento postergado da ordem jurídica⁷⁵⁴.

JusPodivm, 2018.

⁷⁴⁹ HEINEN, Juliano. *Interesse público*: premissas teórico-dogmáticas e proposta de fixação de cânones interpretativos. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 52.

⁷⁵⁰ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais*: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

⁷⁵¹ As expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” são usualmente empregadas como sinônimos. Contudo, parte majoritária da doutrina aponta que os direitos humanos teriam por premissa a exigência de respeito à dignidade humana, seriam revestidos de universalidade, independentemente de previsões normativas; os direitos fundamentais, por sua vez, seriam espécie de direitos humanos reconhecidos e consagrados pelo Estado no ordenamento jurídico. Há uma aceção minoritária no

sentido de que os direitos humanos são uma espécie de direitos fundamentais (SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais*: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007, p. 29).

⁷⁵² EIDT, Elisa Berton. *Autocomposição na Administração Pública*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 107 e p. 115.

⁷⁵³ LAURENTINO, Erivan. Acordos nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. In: NERY, Cristiane da Costa; GUEDES, Jefferson Carús (coord.). *Juizados Especiais da Fazenda Pública: uma visão sistêmica da Lei 12.153/2009*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 108-109.

⁷⁵⁴ LAURENTINO, Erivan. Acordos nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. In: NERY, Cristiane da Costa; GUEDES, Jefferson Carús (coord.). *Juizados Especiais da Fazenda Pública: uma visão sistêmica da Lei 12.153/2009*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 100-101.

Assim, incumbe ao Estado (no atual modelo de EDD), como instrumento de acesso à justiça, viabilizar procedimentos como espécie de direitos fundamentais, entre os quais o sistema multiportas, que abrange a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição. Defende-se que a autocomposição pode ser praticada pela Administração Pública e que a composição pode ser interpretada como uma questão de interesse comum, entre outros motivos, por considerar o direito fundamental da razoável duração do processo.

2. A EXPERIÊNCIA DA CÂMARA AUTOCOMPOSITIVA ESTADUAL DO PARÁ: CRIAÇÃO, CONCRETIZAÇÃO, REALIZAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE ACORDOS

Ante a obrigação de viabilizar o acesso à justiça e aos procedimentos com razoável duração e celeridade como espécie de direito social fundamental, bem como de viabilizar o disposto nos artigos 3.º, § 3.º, e 174 do

CPC (e no 32 *et seq.* da Lei n.º 13.140/2015), o estado do Pará criou, pela LC n.º 121, de 10 de junho de 2019⁷⁵⁵, a Câmara de Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem da Procuradoria-Geral do Estado do Pará (CAMPGE), atual Procuradoria de Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem (PCAM), abrindo a porta da autocomposição independentemente de judicialização⁷⁵⁶.

A PCAM insere-se na estrutura organizacional da PGE no nível de gestão superior finalística, e cabe ao Procurador-Geral do Estado estabelecer o modo de composição e o Regimento da PCAM, bem como os limites e critérios das composições a serem celebradas. Também é de competência do PGE celebrar transação (negociação) referente a ações judiciais que versem sobre matéria tributária⁷⁵⁷, desde que isso não acarrete dispensa de tributo, multa, atualização monetária e demais acréscimos legais, salvo autorização legal ou se o litígio envolver matéria pacificada nos Tribunais Superiores. Compete ainda ao PGE celebrar

⁷⁵⁵ Em 23 de março de 2021, foi atualizado o Regimento Interno da PGE/PA. No caso, a CAMPGE deixou de ser Câmara (então vinculada à gestão superior estratégica) e passou a ser uma Procuradoria Especializada (integrando a gestão superior finalística), conforme o artigo 10, V, 'i', do Decreto n.º 1.395, de 2021. Referido Decreto também mudou a figura da chefia de Coordenador da Câmara, que passou a ser chamado Procurador-Chefe da Procuradoria. É oportuno registrar a orientação do Enunciado n.º 123 do Fórum Nacional do Poder Público (FNPP) no sentido de recomendar a criação das câmaras autocompositivas pela Administração Pública como corolário de economicidade e de

eficiência (JESUS, Thiago Vasconcellos. A advocacia pública compositiva e os direitos fundamentais. In: MARINHO, Daniel Octávio Silva; ARAÚJO, José Henrique Mouta; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; BECKER, Rodrigo Frantz (org.). Fazenda Pública: atuação em juízo, consensualidade e prerrogativas. Londrina: Thoth, 2022, p. 61).

⁷⁵⁶ Para mais detalhes: JESUS, Thiago Vasconcellos. O sistema multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará. Londrina: Thoth, 2023.

⁷⁵⁷ Sobre a transação fiscal, registre-se a edição da Lei Estadual n.º 9.260/2021, do Decreto Estadual n.º 1.795/2021 e da Instrução Normativa Conjunta PGE/SEFA n.º 01/2023.

transação que envolva créditos não tributários, podendo fixar pagamento parcelado e o número de parcelas, inclusive com concessão de descontos conforme o montante do débito, observados a legislação específica do crédito e o regulamento correspondente⁷⁵⁸.

A Procuradoria poderá atuar em conflitos que versem sobre direitos disponíveis e sobre direitos (supostamente) indisponíveis – com a ressalva de Venturi, que admite transação inclusive sobre indisponíveis⁷⁵⁹, e de Silva, que sugere deslocar “o que” seja indisponível para quando, como e quem pode dispor do interesse⁷⁶⁰. A Procuradoria poderá realizar a composição extrajudicial de conflito entre órgãos e/ou entidades da administração pública estadual, a depender de solicitação do Governador ou dos titulares das respectivas pastas após análise do Procurador-Geral⁷⁶¹.

A LC n.º 121/2019 foi regulamentada pela Portaria PGE n.º 512/2019, buscando incentivar formas

consensuais de resolução de conflitos. Segundo a referida Portaria, o procedimento de autocomposição perante a PCAM será orientado pelos princípios da imparcialidade do mediador ou conciliador (ou melhor, do facilitador da autocomposição), da oralidade, do formalismo-valorativo, da busca do consenso (ou melhor, do acordo), da confidencialidade, do pluralismo participativo e da boa-fé⁷⁶².

A proposta de autocomposição é plural: poderá partir de Procurador do Estado, da parte interessada, de terceiro interveniente, do advogado com procuração suficiente, de membro do Ministério Público (MP) ou da Defensoria Pública (DP), da autoridade jurisdicional perante a qual a demanda estiver submetida, e do órgão ou entidade estadual que tenha interesse na demanda. Ainda, é exigida a ratificação do pedido de instauração pela chefia a que o Procurador proponente estiver subordinado, a decisão de instauração (ou não) cabendo ao Procurador-Chefe da PCAM, ambas devidamente

⁷⁵⁸ JESUS, Thiago Vasconcellos. O sistema multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará. Londrina: Thoth, 2023, p. 146.

⁷⁵⁹ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? Revista de Processo, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 391-426, jan. 2016.

⁷⁶⁰ SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁷⁶¹ JESUS, Thiago Vasconcellos. O sistema multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará. Londrina: Thoth, 2023, p. 146.

⁷⁶² Poderão ser submetidos à autocomposição na PCAM os conflitos judicializados ou não, sem prejuízo de apreciação da PGE, em que o

estado do Pará seja parte ou terceiro interveniente, relativos a direitos disponíveis ou sobre direitos supostamente indisponíveis que admitam transação (ou melhor, negociação). A instauração do procedimento justificar-se-á quando os riscos jurídicos, financeiros ou sociais verificados forem relevantes e quando os custos associados à propositura (de forma preventiva), bem como à manutenção e ao acompanhamento de demanda judicial ou administrativa, superarem o potencial benefício jurídico, financeiro ou social prognosticado (JESUS, Thiago Vasconcellos. O sistema multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará. Londrina: Thoth, 2023, p. 195).

fundamentadas⁷⁶³.

Desde 2019, o Pará tem estruturado (e ampliado) a via autocompositiva, seja pela criação, seja pela regulamentação procedimental, inclusive com a disposição de temas pré-aprovados para assinatura de acordos no âmbito da PCAM⁷⁶⁴.

Sobre a concretização, sustenta-se que o processo por quesitos, com a especificação dos elementos essenciais e acidentais do acordo diretamente pelos envolvidos (e não por terceiros na via heterocompositiva), tem potencial para uma tomada de decisão resolutiva, dando concretude aos direitos fundamentais⁷⁶⁵. Objetiva-se demonstrar, ainda, que a concretização de direitos não é exclusiva do Judiciário, mas também é viabilizada por outros atores

envolvidos (inclusive, o estado do Pará). Afasta-se, pois, o monopólio da jurisdição, trazendo-se o direito para perto da sociedade ou dos sujeitos envolvidos⁷⁶⁶.

A crescente assinatura de acordos pela PGE/PA revela que o procurador estadual do Pará tem prestigiado a via autocompositiva, a despeito dos riscos de questionamentos pelos órgãos de controle⁷⁶⁷ e do maior desgaste para a conclusão de um acordo se comparado ao protocolo de uma petição processual⁷⁶⁸. Nesse sentido, já se defendia a solução direta dos conflitos entre particular e Estado, existindo casos em que os procuradores não estão obrigados a recorrer até a última instância, quando se trata de assunto pacificado na

⁷⁶³ JESUS, Thiago Vasconcellos. O sistema multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará. Londrina: Thoth, 2023, p. 195.

⁷⁶⁴ Há temas aprovados para acordo na PCAM, observados os parâmetros objetivos do Gabinete da PGE, entre outros: Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), Adicional por Tempo de Serviço (ATS), honorários de advogado dativo, diárias de policial militar, abono da polícia civil, ações de cobrança em decisão do Tribunal de Contas do Estado (TCE) e do Tribunal de Contas do Município (TCM) e piso nacional do magistério. Está autorizada, também, a transação nas hipóteses em que inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado e houver erro administrativo reconhecido pela autoridade competente (JESUS, Thiago Vasconcellos. O sistema multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará. Londrina: Thoth, 2023, p. 148).

⁷⁶⁵ SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 193.

⁷⁶⁶ SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 80 e p. 251.

⁷⁶⁷ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. 2. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 103-104.

⁷⁶⁸ EIDT, Elisa Berton. O funcionamento das câmaras administrativas de solução de conflitos pela Advocacia Pública. In: ANDRADE, Raimundo Luiz de (org.). *Livro de Teses*. Salvador: Associação dos Procuradores do Estado da Bahia, 2019. p. 144. Sobre a natureza possivelmente mais trabalhosa do acordo em relação ao protocolo de uma contestação, consultar: JESUS, Thiago Vasconcellos. O sistema multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará. Londrina: Thoth, 2023.

jurisprudência⁷⁶⁹. É defensável, inclusive, a autocomposição desde a 1.^a instância.

A PCAM passou de 174 (cento e setenta e quatro) acordos do ano inaugural (2019) para 1.405 (mil quatrocentos e cinco) no ano seguinte, num crescimento geométrico de 800% no segundo ano de implantação. Em 2021, ao finalizar o primeiro semestre (em junho), a quantidade absoluta de acordos (1.738) já superava a do total do ano anterior, correspondendo a uma quantidade aproximada 25% maior do que o total registrado no ano anterior⁷⁷⁰. De fato, nas 6 (seis) procuradorias estaduais pesquisadas, distribuídas em todas as 5 (cinco) regiões do Brasil no período de 2019 a meados de 2021⁷⁷¹, a quantidade de acordos do estado do Pará era a maior.

Em 2022, foram 2.428 (dois mil quatrocentos e vinte e oito) acordos. Em 2023, o total de acordos foi de 2.413 (dois mil, quatrocentos e treze). De fato, em 2023 e em 2022, foi

observada a média de 200 (duzentos) acordos por mês.

Em 2024, ao final do primeiro semestre, constata-se uma progressão gradual: em 2022, foram 1.130, em 2023, foram 1.180⁷⁷² e, em 2024, foram 1.357 acordos.

Sobre a realização dos acordos, vale destacar a previsão de disponibilidade orçamentária específica e a divulgação no *site* oficial da PGE/PA sobre a autocomposição⁷⁷³.

A propósito, a composição realizada pela PCAM, quando submetida à homologação judicial, observará, quanto às obrigações de pagar, os regimes do precatório e da Requisição de Pequeno Valor (RPV). Igualmente, quando envolver a discussão de obrigações que imediatamente ou mediamente impliquem compromisso financeiro, observará a disponibilidade orçamentária do Tesouro Estadual⁷⁷⁴.

A despeito da limitação de recursos e da reserva do possível, cabe

⁷⁶⁹ MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo. *Técnicas de negociação para advogados*. 4. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 23.

⁷⁷⁰ JESUS, Thiago Vasconcellos. O sistema multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará. Londrina: Thoth, 2023, p. 182.

⁷⁷¹ JESUS, Thiago Vasconcellos. A advocacia pública compositiva e os direitos fundamentais. In: MARINHO, Daniel Octávio Silva; ARAÚJO, José Henrique Mouta; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; BECKER, Rodrigo Frantz (org.). *Fazenda Pública: atuação em juízo, consensualidade e prerrogativas*. Londrina: Thoth, 2022, p. 63-65.

⁷⁷² JESUS, Thiago Vasconcellos. O sistema multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará. Londrina: Thoth, 2023, p. 182-183.

⁷⁷³ No link <https://www.pge.pa.gov.br/>, é possível consultar, mês a mês, o “total de acordos realizados naquele mês”, “o valor real”, “o valor dos acordos”, “a economia para o Estado” e os assuntos objeto dos acordos firmados (JESUS, Thiago Vasconcellos. A advocacia pública compositiva e os direitos fundamentais. In: MARINHO, Daniel Octávio Silva; ARAÚJO, José Henrique Mouta; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; BECKER, Rodrigo Frantz (org.). *Fazenda Pública: atuação em juízo, consensualidade e prerrogativas*. Londrina: Thoth, 2022, p. 62-63).

⁷⁷⁴ JESUS, Thiago Vasconcellos. O sistema multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará. Londrina: Thoth, 2023, p. 149-150.

ao Executivo elaborar o orçamento e realizar as escolhas trágicas⁷⁷⁵, sem prejuízo da progressiva realização de direitos sociais⁷⁷⁶ – possivelmente a escolha de estruturação e o incentivo do sistema multiportas. Nesse contexto, no estado do Pará, a PCAM já se consolidou como política pública⁷⁷⁷, ampliando-se gradualmente em estruturação, competências internas, assinatura e realização de acordos

(com o correspondente adimplemento)⁷⁷⁸.

De fato, há orientação do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) no sentido de que as Fazendas Públicas deem publicidade às hipóteses em que seus órgãos de Advocacia Pública estão autorizados a aceitar a autocomposição⁷⁷⁹.

A propósito, registre-se a previsão de divulgação dos dados

⁷⁷⁵ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W. W. Norton & Company, 1978; SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas. *Consultor Jurídico*, 26 fev. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pressupoe-escolhas-tragicas>. Acesso em: 2 ago. 2024.

⁷⁷⁶ SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 73-75 e p. 266-269; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos; PINHEIRO, Victor Sales. Solução consensual dos conflitos: a Fazenda Pública e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 46, n. 312, fev. 2021, p. 440.

⁷⁷⁷ Registre-se o evento de assinatura do milésimo acordo pelo estado do Pará ocorrido em cerimônia solene na Casa Civil no dia 28 de setembro de 2020, quando se prestou esclarecimento sobre o acatamento de uma cultura que evitasse a litigância, com o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e do MP. Alertou-se que mecanismos para ganhar prazo representam prejuízo para o circuito de boa-fé. Desejou-se, ao final, que os envolvidos tenham suas expectativas atendidas, buscando-se construir uma sociedade melhor e mais justa a partir da conjugação de esforços (JESUS, Thiago Vasconcellos. O sistema multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará. Londrina: Thoth, 2023, p. 89-90). Noutra oportunidade, celebrou-se a assinatura do 6000.º (sexto milésimo) acordo,

em evento ocorrido em 27 de junho de 2022 na sede da PGE/PA. Sobre a política pública de consensualidade e respectivos estágios, consultar: FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Terminação consensual de litígios judiciais envolvendo o poder público estadual como política pública entre os anos de 2015 e 2019*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2020.

⁷⁷⁸ Sobre a realização ou o adimplemento dos acordos (e a importância, pois, da disponibilidade orçamentária), registre-se a orientação da então Coordenadora da Câmara autocompositiva estadual gaúcha e do Coordenador da Câmara estadual mineira no sentido de que, mais perigoso (para a credibilidade da autocomposição e das instituições que a promovem) do que não assinar um acordo seria o seu inadimplemento (JESUS, Thiago Vasconcellos. O sistema multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará. Londrina: Thoth, 2023, p. 167 e p. 175).

⁷⁷⁹ É essa a previsão do Enunciado n.º 573 do FPPC (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos da Fazenda Pública). É oportuno registrar o Enunciado n.º 24 do CJF/2017 aprovado na I Jornada de Direito Processual Cível, segundo o qual “Havendo a Fazenda Pública publicizado ampla e previamente as hipóteses em que está autorizada a transigir, pode o juiz dispensar a realização da audiência de mediação e conciliação, com base no art. 334, § 4.º, II, do CPC, quando o direito discutido na ação não se enquadrar em tais situações”.

produzidos com o relatório trimestral para fins de consulta geral, respeitados os sigilos incidentes, nos termos das Leis n.º 12.527/2011 e n.º 13.709/2018 e do Decreto Estadual n.º 1.359/2015⁷⁸⁰.

O site da PGE/PA, além de dar informações sobre legislação, divulga e-mails, telefones de contato e endereços para contato, objeto do acordo e economia gerada. A PGE/PA, entre as 6 (seis) procuradorias estaduais pesquisadas⁷⁸¹, é possivelmente aquela que fornece a maior quantidade e diversidade de informações sobre a autocomposição.

Registrada a experiência da Administração Pública estadual do Pará referente à criação da Câmara estadual, à concretização, à realização e à divulgação dos acordos promovidos, cumpre identificar a eventual judicialização precipitada (e inefetiva) dos a(u)tores envolvidos nos conflitos contra o Poder Público estadual e provocar reflexões sobre as possíveis consequências decorrentes dessa atuação demandista.

De acordo com essa ordem de ideias, cabe refletir sobre a viabilidade do estabelecimento de honorários autocompositivos nos casos que não admitam a competência do Juizado Especial (inclusive, da Fazenda Pública no teto de sessenta salários mínimos). Trata-se de uma espécie de estímulo aos atores técnico-jurídicos pela

orientação acerca dos meios autocompositivos disponíveis, sob pena de indevida tentação de judicialização para percepção de honorários sucumbenciais. Em acréscimo, considerando a possível existência de honorários contratuais (ou de *quota litis*), seria questionável imputar honorários autocompositivos se na própria judicialização eles não seriam devidos (notadamente, nos casos de competência do Juizado Especial).

Propõe-se, assim, considerar como possíveis honorários da autocomposição o parâmetro inicial de 5% (cinco por cento) do valor da causa (CPC, art. 701, parte final). De fato, na faixa inicial do artigo 85, § 3.º, I, do CPC, há honorários mínimos de 10% (dez por cento) do valor da causa. Um eventual reconhecimento da procedência do pedido implicaria a redução (dos 10%) dos honorários pela metade (CPC, art. 90, § 4.º), visto que, mesmo processualizado, é um parâmetro considerado. Ressalva-se que referidos honorários seriam cabíveis se o conflito envolvesse valor superior a 60 (sessenta) salários mínimos (considerando a competência do Juizado da Fazenda Pública, no qual não são cabíveis honorários em 1.ª instância).

Dessa forma, nos casos superiores a 60 (sessenta) salários mínimos e inferiores a 200 (duzentos)

⁷⁸⁰JESUS, Thiago Vasconcellos. O sistema multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará. Londrina: Thoth, 2023, p. 149.

⁷⁸¹ JESUS, Thiago Vasconcellos. A advocacia pública compositiva e os direitos

fundamentais. In: MARINHO, Daniel Octávio Silva; ARAÚJO, José Henrique Mouta; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; BECKER, Rodrigo Frantz (org.). Fazenda Pública: atuação em juízo, consensualidade e prerrogativas. Londrina: Thoth, 2022, p. 62.

salários mínimos, é defensável sustentar honorários autocompositivos de 5% (cinco por cento) do valor da causa. Trata-se de um possível cenário com parâmetros objetivos, sem afastar a possibilidade de outros parâmetros diretamente considerados pelos envolvidos com base na autonomia da vontade relacional ou coletiva.

Nos casos envolvendo valores superiores, sugere-se como parâmetro objetivo para os honorários da autocomposição a utilização sucessiva percentual mínima do artigo 85, § 3.º, II, III, IV e V, combinado com o artigo 90, § 4.º, do CPC (ou seja, redução pela metade daqueles que seriam cabíveis na eventual judicialização), nos respectivos percentuais de 4%, 2,5%, 1,5% e 0,5%, se não houver disposição diversa no acordo.

3. A (IN)EFETIVIDADE DA ATUAÇÃO DEMANDISTA E A EVENTUAL (DES)CONSIDERAÇÃO DO SISTEMA MULTIORTAS PELOS ENVOLVIDOS: COMO FICAM OS HONORÁRIOS?

A primariedade da via autocompositiva e dialógica revela potenciais benefícios aos envolvidos⁷⁸², e o fracasso da ação material dialógica primária autônoma privada⁷⁸³ pode justificar o interesse processual de agir processualmente (heterocomposição estatal secundária processual substitutiva) para concretizar e realizar os direitos fundamentais⁷⁸⁴.

A atuação dialógica pelo MP com os instrumentos que lhe são disponibilizados (como a recomendação e a audiência ministerial) pode viabilizar a concretização que assegure progressivamente a exigibilidade e a exequibilidade dos direitos sociais⁷⁸⁵. A ação comunicativa dialógica (na via autocompositiva pluridelibrativa) busca melhores razões públicas para viabilizar a legitimação democrática procedimental. A participação efetiva dos sujeitos envolvidos e a legitimação decisória primária pelos reais protagonistas do conflito, de um lado, e a prestação de esclarecimentos e argumentos, de outro, permitem o engajamento e o cumprimento efetivo

⁷⁸² SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 192 e p. 262-266.

⁷⁸³ SILVA, Sandoval Alves da; ALVES, Camille de Azevedo; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. O papel dos sujeitos na justiça restaurativa aplicada a casos cíveis judicializados: protagonismo ou substituição? *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, v. 32, n. 3, p. 256-284, set./dez. 2023.

⁷⁸⁴ GÓES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos. A necessidade da premissa

dialógica como interesse processual nos processos coletivos. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 27, n. 10, set./dez. 2020, p. 296.

⁷⁸⁵ GÓES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos. A necessidade da premissa dialógica como interesse processual nos processos coletivos. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 27, n. 10, set./dez. 2020, p. 288-289; SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 268-269.

das responsabilidades assumidas nas deliberações e, conseqüentemente, a adequada exigibilidade e exequibilidade referente ao conteúdo do resultado alcançado com a decisão final⁷⁸⁶.

Já se destacou a menor efetividade da atuação demandista do MP, notadamente pelo grau de concretização das soluções negociadas. Com efeito, evidenciou-se que a ação material por meio da forma negocial direta ou facilitada ou dialógica é mais resolutiva, célere e econômica que a judicial demandista⁷⁸⁷.

Sustenta-se, inclusive, que a atuação demandista pode consistir em um vício na atuação coletiva, passível de controle judicial em razão da falta de interesse⁷⁸⁸.

A propósito, vale registrar que o MP não está sujeito à condenação ao

pagamento de honorários sucumbenciais, pela aplicabilidade do princípio da simetria⁷⁸⁹.

No que toca à DP, cumpre lembrar que o entendimento então consolidado pela Súmula n.º 421 do STJ, que afastava o pagamento de honorários à Defensoria pela pessoa jurídica de direito público à qual pertença, ficou superado pelo julgamento do Tema 1002 pelo STF. No referido caso, o Tribunal fixou tese segundo a qual é devido o pagamento de honorários à DP, mesmo nas demandas propostas contra o ente público que integra. Contudo, os honorários devem ser destinados exclusivamente ao aparelhamento da instituição, vedando-se o rateio entre seus membros.

O cabimento de honorários à Defensoria reforça o entendimento de condicioná-los à prévia busca de canais

⁷⁸⁶ GÓES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos. A necessidade da premissa dialógica como interesse processual nos processos coletivos. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 27, n. 10, set./dez. 2020, p. 295; SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 255-256; Sobre a responsabilidade administrativa e a consequente necessidade de consideração de todos os argumentos apresentados pelo interessado em processo administrativo, manifestados de maneira eficaz, tempestiva e colaborativa com a decisão, ver: JESUS, Thiago Vasconcellos; SILVA, Sandoval Alves da; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Responsabilidade pública ou diálogo deliberativo: a cooperação como proteção do acesso à justiça, do contraditório e dos direitos fundamentais na solução dos conflitos. A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 22, n. 89,

jul./set. 2022, p. 208. DOI: 10.21056/aec.v22i89.1564.

⁷⁸⁷ SILVA, 2017.

⁷⁸⁸ GÓES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos. A necessidade da premissa dialógica como interesse processual nos processos coletivos. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 27, n. 10, set./dez. 2020, p. 296.

⁷⁸⁹ Sobre a aplicabilidade do princípio da simetria e o afastamento dos honorários em ação civil pública dirigida ao MP, registre-se a orientação do STJ, segundo a qual há vedação de condenação do MP ou de entidades estatais em honorários advocatícios – salvo comprovada má-fé, impedindo que os advogados sejam beneficiados quando vencedores na ação civil pública (STJ (2. Turma). REsp 1796436 RJ 2019/0002184-5. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgamento: 09/05/2019. Publicação: *DJe* 18/06/2019).

dialógicos de autocomposição. Portanto, o afastamento de honorários, ainda que institucionais, também deve ser observado nos casos em que a Defensoria e seus membros não observem o sistema de múltiplas portas, mais céleres e econômicos para o acesso à justiça. Nesse sentido, a Portaria PGE n.º 512/2019 já indica, em seu artigo 4.º, IV, a possibilidade de proposta de autocomposição por membros da Defensoria.

Demonstradas a inefetividade da atuação demandista e a impossibilidade de condenação em honorários nas atuações contra o Poder Público pelo MP e pela DP, convém destacar a possível consequência de atuação demandista de advogado particular que deixe de esclarecer o cliente sobre o sistema de múltiplas portas, o interesse processual em demandar e a característica da secundariedade de jurisdição, especialmente considerando o refinamento do interesse público e a criação da Câmara autocompositiva estadual, com a divulgação em *site* oficial das hipóteses em que se admite a autocomposição.

Ora, se cabe à Administração Pública considerar o sistema multiportas, incentivando-o por meio do Chefe do Executivo (com a disponibilidade orçamentária para implementação da Câmara e o efetivo adimplemento dos acordos eventualmente realizados) e do

advogado público (competente para a análise da viabilidade ou recomendação da autocomposição, com os riscos e ônus a ela inerentes), compete também ao advogado particular, na hipótese em que tenha sido criada e implementada a Câmara autocompositiva e em que tenham sido divulgadas as matérias que são objeto de autocomposição, descortinar a via não litigiosa para o acesso à justiça?

Importa consignar que, aos advogados, é imposto o dever de “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”, segundo o artigo 2.º, PU, VI, do Código de Ética e Disciplina da OAB.

O advogado deve facilitar o acordo, apesar do interesse em honorários sucumbenciais⁷⁹⁰.

De fato, cabe também aos particulares e advogados privados colaborar no movimento de desobstrução do Judiciário de maneira a habilmente administrar os conflitos sem a necessidade de intervenção judicial. Insta então esgotar as vias extraprocessuais para que esteja presente o interesse de agir. Ocorre que, em vários casos, o patrono do autor (ou o próprio) nem sequer diligencia “um simples telefonema para o outro interessado” ou tenta “ouvir a versão do outro lado” com um encontro prévio ao ajuizamento, não se descartando a penalização da referida conduta com a extinção terminativa por falta de interesse⁷⁹¹.

⁷⁹⁰ NAVARRO, Trícia. *Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2024, p. 57.

⁷⁹¹ MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo. *Técnicas de negociação para*

advogados. 4. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 23 e p. 26-27.

O CPC prevê que, para postular em juízo, é necessário ter interesse (art. 17).

A esse respeito, vale destacar o entendimento do STF no Recurso Extraordinário n.º 631.240 submetido à Repercussão Geral, ao julgar questão envolvendo benefício previdenciário perante o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). A conclusão foi de que é necessário o requerimento administrativo prévio para a configuração do interesse de agir, o que assenta a compatibilidade da instituição de condições para o regular exercício do direito de ação com o artigo 5.º, XXXV, da CRFB. Assim, concluiu o STF que, para caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver a necessidade de ir a juízo⁷⁹².

Registre-se a orientação do STJ

sobre a responsabilização do autor pelos honorários ao optar pela via judicial sem nem sequer tentar a solução autocompositiva⁷⁹³.

Nesses termos, consoante previsão legislativa e orientação doutrinária sobre a secundariedade de jurisdição, há que se comprovar o interesse de agir, consistente na tentativa prévia de autocomposição infrutífera, ressalvadas as ações necessárias, sob pena de possível extinção terminativa (STF) ou de atribuição de honorários pela causalidade (STJ).

A propósito, destaque-se a sentença da 2.ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública em Belém (PA)⁷⁹⁴ entendendo aplicável a conclusão do RE n.º 631.240 a outras hipóteses em que seja plenamente viável o deferimento do pedido do

⁷⁹² STF (Tribunal Pleno). RE 631240. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 03/09/2014. Acórdão Eletrônico Repercussão Geral. Mérito *Dje* 220. Divulgação: 07/11/2014. Publicação: 10/11/2014. A esse respeito, vale destacar que a força vinculante formal do Acórdão que foi submetido à Repercussão Geral tem fundamento no artigo 102, § 3.º, da CRFB, reforçado no artigo 927, III, do CPC (MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 49, n. 195, jul./set. 2012, p. 85-89. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496599/000966849.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2024). Ainda sobre interesse de agir, importa registrar a orientação do STF nos casos de DPVAT (RE 839.314) e do STJ (REsp 1.349.453/MS) sobre a propositura de cautelar de exibição de documento bancário, na qual se concluiu que é necessário comprovar que o prévio requerimento à instituição financeira não

foi atendido em prazo razoável (CARREIRA, Guilherme Sarri. Manual de processo civil. 2. ed. Londrina: Thoth, 2022. v. único. E-book).

⁷⁹³ A proposta de responsabilização do autor pelos honorários fundamenta-se na orientação do STJ sobre o critério de inevitabilidade da disputa, como elemento do princípio da sucumbência, ou o princípio da causalidade e o comportamento dos envolvidos antes e durante a discussão para aferir a responsabilização pelos honorários por aquele que deu causa ao início do processo ou à sua continuidade (STJ (3.Turma). REsp 43.366/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 25/4/1994, DJ 23/5/1994, p. 12606; STJ (2. Seção). EREsp 598.730/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 23/2/2010; STJ (3. Turma). EDcl no REsp n.º 1.685.453/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 2/4/2018; e STJ (3. Turma). EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 1.295.964/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva DJe 26/04/2021).

⁷⁹⁴ No Processo n.º 0862000-45.2019.814.0301, sentença de 27 de novembro de 2019.

cidadão, em sede administrativa. Ainda nessa sentença, citou-se a LC n.º 121/2019, cujo objetivo é reduzir a litigiosidade perante o Poder Judiciário a partir da instituição da Câmara de Negociação, e concluiu-se que a ausência de comprovação de prévia tentativa administrativa, ou a inexistência de prazo excessivo sem manifestação pelo réu, implicava o indeferimento da inicial, nos termos do artigo 485, VI, do CPC⁷⁹⁵.

Seria recomendável, pois, que eventual atuação demandista com primariedade para administração dos CPIS resultasse na extinção terminativa nos moldes da orientação do STF pela ausência de interesse de agir (RE 631.240)? Seria cabível a atribuição de honorários ao autor, conforme a causalidade indicada pelo

STJ (AgInt nos EDcl no AREsp 1.295.964/SP)? A redução de honorários a 5% do valor da causa à semelhança da ação monitória (CPC, art. 701, parte final) ou pela metade nos demais casos (CPC, art. 90, § 4.º) sem qualquer distinção das matérias objeto de divulgação no *site* oficial ou de eventual tentativa prévia (ou não) pelo advogado particular resolveria a questão?

Entende-se que a extinção terminativa poderia configurar penalização da parte autora indevidamente assistida pelo advogado particular que não a tenha orientado adequadamente sobre o sistema de múltiplas portas, a possibilidade de autocomposição com

⁷⁹⁵ A propósito, registre-se a orientação sobre a força vinculante do precedente. Ainda que a Repercussão Geral não tivesse força vinculante formal conforme o artigo 102, § 3.º, da CRFB e o artigo 927, III, do CPC, a sua aplicação repetida em casos posteriores demonstraria um efeito vinculante material (MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 49, n. 195, jul./set. 2012, p. 93-94. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496599/000966849.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2024). Porém, o argumento do efeito vinculante material não se faz necessário no presente caso, pois ele já é formalmente garantido pelo CPC (art. 927, III) e em obediência ao mandamento constitucional (art. 102, § 3.º). A propósito, convém destacar alguns julgados do STJ que obedeceram ao referido RE n.º 631.240: STJ (3. Turma). AgRg no REsp 936.574/SP. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 02/08/2011

Publicação: *DJe* 08/08/2011; STJ. REsp 1.383.566/RS. Relator: Min. Herman Benjamin. Publicação: 23/08/2013; STJ. AgRg no REsp 1.399.337/SC. Relator: Min. Herman Benjamin. Publicação: 07/11/2014. No mesmo sentido, o TJPA nos seguintes julgados: TJPA (1. Turma de Direito Privado). 2019.01434755- 23, não informado. Relator: Constantino Augusto Guerreiro. Julgamento: 16/04/2019. Publicação: 16/04/2019; TJPA (1. Câmara Cível Isolada). 2016.04776818-95, não informado. Relator: Leonardo de Noronha Tavares. Julgamento: 26/01/2017. Publicação: 26/01/2017; TJPA (Turma Recursal Permanente). 2019.01670610-73, 29.565. Relatora: Ana Angelica Pereira Abdulmassih. Julgamento: 10/04/2019. Publicação: 03/05/2019. Sobre o referido julgado da 2.ª Vara, cumpre registrar – por fidelidade acadêmica – que foi objeto de reforma posterior em 1.º de setembro de 2021 (sendo protocolado Recurso Extraordinário e, posteriormente, Agravo, ainda pendente de análise), embora seja oportuno destacar as razões de decidir da 1ª instância.

a Fazenda Pública naquela hipótese⁷⁹⁶, o risco da demanda e o interesse processual para demandar. Igualmente, atribuir o pagamento dos honorários à parte autora em razão da causalidade poderia representar indevida penalização decorrente de patrocínio inadequado.

Nesses termos, vale destacar a previsão legislativa de assunção de responsabilidade de 50% dos honorários sucumbenciais da parte que não comparecer à primeira audiência de mediação, embora convidada, caso vencedora em procedimento judicial posterior (Lei n.º 13.140/2015, art. 22, § 2.º, IV). Em sentido semelhante, o CPC (art. 90, § 4.º) prevê a redução de honorários pela metade se o réu reconhecer a procedência do pedido e cumprir integralmente a prestação reconhecida.

Assim, entre as possíveis alternativas, sem a pretensão de esgotar o tema, propõe-se que seria cabível e recomendável o afastamento de honorários daquele advogado particular que não tentou a via autocompositiva, ainda que se trate de

direitos supostamente indisponíveis e que caiba negociação. Ou que seja atribuído, no máximo, 25% a título de honorários, calculados sobre os honorários que seriam ordinariamente devidos, por aplicação cumulativa do artigo 22, § 2.º, IV, da Lei n.º 13.140/2015 e do artigo 90, § 4.º, do CPC.

A proposta alinha-se à sugestão de honorários da autocomposição: o máximo de 25% (vinte e cinco por cento) dos honorários na judicialização precipitada (que seriam ordinariamente devidos se comprovadas a tentativa prévia e a resistência indevida que justificaram a secundariedade e a substitutividade da jurisdição) corresponde à metade daqueles propostos como honorários da autocomposição. Frise-se: na tentativa de autocomposição sustenta-se a aplicação de 5% de honorários na faixa inicial. Nesse caso, a judicialização precipitada implicaria o máximo de 2,5% (metade, portanto)⁷⁹⁷. Isso porque o CPC (art. 3.º, § 3.º) estabelece para todos os envolvidos a promoção da solução consensual, sempre que possível⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ Sustenta-se a reorganização do pensamento, visto que fomos “esculpidos no berço do contencioso”, como costumeiramente ensinado na graduação das Faculdades de Direito, lecionando-se que é fundamental a criação de um ambiente favorável ao diálogo, pois sem ele não há negociação (MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo. *Técnicas de negociação para advogados*. 4. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 36).

⁷⁹⁷ Para ilustrar: considerando uma causa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a tentativa prévia de autocomposição poderia justificar

honorários de 5%, ou seja, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) numa câmara autocompositiva ou negociação direta. Na eventual judicialização precipitada, se a “parte sucumbente” que reconhece a procedência do pedido comprova que não houve tentativa prévia de autocomposição, os honorários máximos cabíveis seriam de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com fundamento nos poderes do juiz para adotar meios de incentivo (ver palavra do CPC) ao acordo conforme previsto no artigo 139, V, do CPC.

⁷⁹⁸ De fato, a conciliação já vinha sendo incentivada desde a Lei n.º 5.869/1973 (entre

Assim, desconsiderar a criação dessa Câmara e a correspondente divulgação das matérias passíveis de acordo tornaria tais medidas irrelevantes ou dispensaria tratamento semelhante a situações distintas, ou seja, se qualquer dessas medidas não fosse adotada, o resultado também seria a redução dos honorários pela metade, premiando a ação demandista que desprestigiou o sistema multiportas quando ele seria cabível.

Ademais, a atuação demandista torna os atores originários envolvidos nos CPIS irresponsáveis na persecução da administração da questão conflituosa e, por consequência, abarrotada ainda mais (e desnecessariamente) o Judiciário. Mais: atrasa e encarece a prestação ao próprio cliente assistido, que poderia concretizar e realizar a pretensão diretamente na via autocompositiva, por meio da ação material, caso orientado adequadamente pelo advogado, se o sujeito envolvido assim já não se manifestasse pela gestão de CPIS.

De fato, essa atuação demandista sobrecarrega o juízo (que estaria analisando demandas efetivamente necessárias) e onera

indevidamente a Fazenda Pública com honorários, custas e despesas processuais “sucumbenciais”, em hipóteses em que as pessoas jurídicas já autorizaram a autocomposição com divulgação prévia das matérias e pleno conhecimento das partes envolvidas e dos advogados da causa. Aliás, trata-se de um recurso público que poderia ser utilizado para atendimento de alguma necessidade humana, tal qual educação ou saúde, considerando a limitação dos recursos destacados alhures⁷⁹⁹.

Atribuir indistintamente a redução de honorários pela metade poderia configurar indevido tratamento igual a situações desiguais, conforme raciocínio aristotélico⁸⁰⁰: seria irrelevante a tentativa ou não previamente à judicialização, como questão referente ao interesse de agir e de prestígio ao sistema multiportas pela ação material. Ademais, seria denotar indiferença pela criação da Câmara autocompositiva e pela divulgação no site oficial das hipóteses em que a autocomposição está autorizada (e sendo realizada), a despeito das previsões legais (CPC, art. 3.º, § 3.º, e 174; Lei n.º 13.140/2015, art. 32 *et seq.*), das orientações

outros dispositivos, arts. 277, 278, 331, 447-449, 475-N, III, 584, III e 740), na Lei n.º 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), na Lei n.º 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal) e na Lei n.º 12.153/2009 (Lei dos Juizados da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios). A conciliação é novamente incentivada nas Resoluções do CNJ (n.º 125/2010) e do CNMP (n.º 118/2014) e no Código de Ética e Disciplina

da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) (art. 2.º, VI).

⁷⁹⁹ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas. *Consultor Jurídico*, 26 fev. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pressupoe-escolhas-tragicas>. Acesso em: 2 ago. 2024.

⁸⁰⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 397.

doutrinárias (Enunciados n.º 573 do FPPC e n.º 123 do FNPP) e dos entendimentos firmados em precedentes judiciais formalmente vinculantes do STF (no RE 631.240/MG) e do STJ (no AgInt nos EDcl no AREsp 1.295.964/SP).

Nessa linha, é recomendável que o Procurador do Estado, como representante institucional da Procuradoria-Geral – vinculado, portanto, às suas diretrizes –, apresente petição ao juízo para a suspensão do processo ou até mesmo a sua extinção sem resolução de mérito, ante a falta de interesse de agir, caracterizada pela ausência de prévia tentativa de autocomposição nas hipóteses expressamente delineadas, solicitando-se, pois, o afastamento de honorários sucumbenciais com fundamento no artigo 139, V, do CPC.

Registre-se que a proposta de afastamento de honorários não subsistiria se, a despeito da previsão e da divulgação de matéria passível de autocomposição no *site*, houvesse tentativa que restasse infrutífera.

A título ilustrativo, diante de uma das matérias passíveis de autocomposição pelo estado do Pará,

caberia ao advogado particular a tentativa de autocomposição, enviando proposta de acordo ao *e-mail* da Câmara disponível no *site* da PGE ou por via de aplicativo de mensagens (igualmente disponível no *site*)⁸⁰¹. Se a resposta fosse negativa à sua proposta (ou inerte por tempo razoável), justificar-se-ia a judicialização pelo interesse de agir e pela necessidade de recorrer secundariamente à heterocomposição estatal, de forma a eventualmente atrair a condenação ao pagamento de honorários pela Fazenda Pública (ainda que pela metade, nos termos do artigo 90, § 4.º, do CPC).

Ademais, é possível sustentar que o ato de composição de litígio é de interesse público⁸⁰², mas os honorários de advogado particular ou público demandista em ação sem interesse de agir, não. Isso porque a judicialização precipitada não é a medida mais célere nem a mais efetiva se comparada à autocomposição, que, por sua vez, consiste em direito fundamental e social de acesso à ordem jurídica justa⁸⁰³ (CRFB/1988, art. 5.º, LXXIII) e, portanto, de interesse público⁸⁰⁴.

Frise-se que o afastamento de

⁸⁰¹ *E-mail* (camarapge@pge.pa.gov.br) e telefones de contato (Coordenação (91) 98579-1664 e Secretaria (91) 98407-9795) disponíveis em <https://pge.pa.gov.br/>.

⁸⁰² EIDT, Elisa Berton. O funcionamento das câmaras administrativas de solução de conflitos pela Advocacia Pública. In: ANDRADE, Raimundo Luiz de (org.). *Livro de Teses*. Salvador: Associação dos Procuradores do Estado da Bahia, 2019. p. 136; LAURENTINO, Erivan. Acordos nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. In: NERY, Cristiane da Costa; GUEDES, Jefferson Carús

(coord.). Juizados Especiais da Fazenda Pública: uma visão sistêmica da Lei 12.153/2009. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 108-109.

⁸⁰³ SILVA, Sandoval Alves da. O (in)acesso à justiça social com a demolidora reforma trabalhista. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.). A reforma trabalhista e seus impactos. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 1085.

⁸⁰⁴ HEINEN, Juliano. *Interesse público*: premissas teórico-dogmáticas e proposta de fixação de cânones interpretativos. Salvador: JusPodivm, 2018.

honorários nos casos ora propostos não seria algo isolado no ordenamento jurídico vigente, visto que já há previsão de ausência de honorários de sucumbência, entre outros, nos casos de execução fiscal até a sentença (Lei n.º 6830/1980, art. 26), em 1.ª instância de Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/1995, arts. 54 e 55), em mandados de segurança (Lei n.º 12.016/2009, art. 25, e Súmulas n.º 512/STF e n.º 105/STJ), em ação civil pública (Lei n.º 7347/1985, art. 18), em reclamação constitucional (Rcl 2.017/RS, *DJe* 15/10/2008), no cumprimento voluntário da obrigação de pagar (CPC, art. 523, § 1.º) ou na ausência de impugnação pela Fazenda Pública (CPC, art. 85, § 7.º), na ação popular (CRFB, art. 5.º, LXXIII), no *habeas data* (AgInt no Resp n.º 1.936.003/RJ, *DJe* 25/11/2021) e nas ações de improbidade administrativa, salvo se improcedente e comprovada má-fé (Lei n.º 8.429/1992, art. 23-B, § 2.º).

CONCLUSÃO

O acesso à justiça não se restringe à prestação jurisdicional. Cumpre reconhecer a possibilidade de um sistema multiportas para a solução de conflitos, abrangendo a autocomposição e a heterocomposição, material ou processual, protagonista ou substitutiva, primária ou secundária, privada ou estatal.

A autocomposição apresenta-se como um possível e fortemente recomendável instrumento de solução de conflitos, com características de

resolutividade – uma porta a ser viabilizada pela Administração Pública como espécie de direito social fundamental.

Ante a demora e o custo do Judiciário, cabe lembrar que os direitos fundamentais à razoável duração do processo e à celeridade devem ser considerados na definição de interesse público (CRFB/1988, art. 5.º, LXXIII); por outro lado, a composição de conflitos pode igualmente ser uma questão de interesse público, a ser observada pela Administração Pública.

A criação da Câmara Autocompositiva pelo estado do Pará por meio da LC n.º 121/2019, com a correspondente regulamentação pela Portaria PGE n.º 512/2019, viabiliza o sistema multiportas em atenção ao CPC no que diz respeito à promoção de solução consensual dos conflitos para todos os envolvidos. De fato, observa-se a concretização progressiva e gradual da autocomposição nos acordos de 2019 a 2024, com a disponibilidade orçamentária respectiva, sem prejuízo da divulgação das matérias passíveis de autocomposição pela PGE/PA (em atenção ao Enunciado n.º 573 do FPPC) no *site* oficial e em outros meios.

A iniciativa da Procuradoria-Geral do Estado do Pará de criar a Câmara de Conciliação constitui relevante estímulo institucional à adesão ao sistema multiportas, de forma a contribuir também para desafogar o Poder Judiciário e facilitar o acesso à justiça.

Defende-se a atuação dialógica como instrumento de exigibilidade e de exequibilidade do acordado pelos

envolvidos, consistindo em uma medida mais célere, econômica e resolutive do que a atuação demandista inefetiva, custosa e demorada, para alguns casos. Com efeito, a via resolutive é passível de controle judicial e de extinção terminativa por ausência de interesse de agir (STF) pela característica da secundariedade da jurisdição, como pressuposto processual, ou pela atribuição (redução ou sanção) de responsabilidade pelos honorários, em razão da causalidade (STJ).

Como forma de possível fomento da autocomposição, sugere-se a atribuição de honorários da autocomposição com parâmetros objetivos de percentual, proporcional e sucessivo ao valor da causa, conforme o artigo 701, parte final, e o artigo 90, § 4.º, ambos do CPC (ressalvados os casos de competência do Juizado Especial), em 5%, 4%, 2,5%, 1,5% e 0,5% do valor da causa.

Nos mesmos termos, é defensável que a atuação demandista de advogado particular ou público – assim considerada aquela que desconsidera as matérias já autorizadas e divulgadas no *site* oficial da Procuradoria como passíveis de autocomposição – não tenha o mesmo tratamento daquele que comprovou a tentativa de solução previamente, considerando o sistema multiportas, o interesse de agir e a secundariedade de jurisdição.

Assim, na tentativa de afastar gradual e provisoriamente eventual prejuízo aos demais envolvidos na autocomposição, propõe-se que, nos casos em que haja expressa divulgação

no *site* oficial da instituição competente (*in casu*, a PGE), não sejam atribuídos honorários sucumbenciais em favor do advogado particular ou público demandista.

De fato, se não houve a tentativa prévia de autocomposição no caso concreto, tampouco a sucumbência (visto que resultou em autocomposição), não haveria fundamento para atribuição de honorários sucumbenciais.

Sugere-se, pois, que se adote como fundamentação dessa proposta a possível interpretação do artigo 22, § 2.º, IV, da Lei n.º 13.140/2015 em combinação com o artigo 90, § 4.º, do CPC. Trata-se de uma possível forma de prestigiar, inclusive, o acesso à justiça, o sistema multiportas e o interesse público, não consistindo tal proposta de afastamento de honorários sucumbenciais (ou de sua atribuição máxima de 25% daqueles que seriam ordinariamente devidos) um caso isolado no ordenamento jurídico vigente.

REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

- CARREIRA, Guilherme Sarri. Manual de processo civil. 2. ed. Londrina: Thoth, 2022. v. único. E-book.
- CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. 2. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2024 (ano-base 2023)*. Brasília, DF: CNJ, 2024.
- DIÁLOGO entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; 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. 25-37.
- EIDT, Elisa Berton. *Autocomposição na Administração Pública*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.
- EIDT, Elisa Berton. O funcionamento das câmaras administrativas de solução de conflitos pela Advocacia Pública. In: ANDRADE, Raimundo Luiz de (org.). *Livro de Teses*. Salvador: Associação dos Procuradores do Estado da Bahia, 2019. p. 135-147.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Terminação consensual de litígios judiciais envolvendo o poder público estadual como política pública entre os anos de 2015 e 2019. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2020.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos. A necessidade da premissa dialógica como interesse processual nos processos coletivos. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 27, n. 10, p. 281-299, set./dez. 2020.
- HEINEN, Juliano. *Interesse público: premissas teórico-dogmáticas e proposta de fixação de cânones interpretativos*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- JESUS, Thiago Vasconcellos. A advocacia pública compositiva e os direitos fundamentais. In: MARINHO, Daniel Octávio Silva; ARAÚJO, José Henrique Mouta; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; BECKER, Rodrigo Frantz (org.). *Fazenda Pública: atuação em juízo, consensualidade e prerrogativas*. Londrina: Thoth, 2022. p. 49-73.
- JESUS, Thiago Vasconcellos. O sistema multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará. Londrina: Thoth, 2023.
- JESUS, Thiago Vasconcellos; SILVA, Sandoval Alves da; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Responsabilidade pública ou diálogo deliberativo: a cooperação como proteção do acesso à justiça, do contraditório e dos direitos fundamentais na solução dos conflitos. A&C: Revista de Direito Administrativo &

- Constitucional, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 191-216, jul./set. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i89.1564.
- LAURENTINO, Erivan. Acordos nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. In: NERY, Cristiane da Costa; GUEDES, Jefferson Carús (coord.). Juizados Especiais da Fazenda Pública: uma visão sistêmica da Lei 12.153/2009. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 93-115.
- MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 49, n. 195, p. 77-95, jul./set. 2012.
- MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo. *Técnicas de negociação para advogados*. 4. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NAVARRO, Trícia. *Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2024.
- SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas. *Consultor Jurídico*, 26 fev. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas>. Acesso em: 2 ago. 2024.
- SILVA, Sandoval Alves da. Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.
- SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SILVA, Sandoval Alves da. O (in)acesso à justiça social com a demolidora reforma trabalhista. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 1075-1103.
- SILVA, Sandoval Alves da; ALVES, Camille de Azevedo; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. O papel dos sujeitos na justiça restaurativa aplicada a casos cíveis judicializados: protagonismo ou substituição? *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, v. 32, n. 3, p. 256-284, set./dez. 2023.
- SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos; PINHEIRO, Victor Sales. Solução consensual dos conflitos: a Fazenda Pública e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 46, n. 312, p. 411-445, fev. 2021.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5. ed. São Paulo: Método, 2019.
- VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*,

São Paulo, v. 41, n. 251, p. 391-426,
jan. 2016.

WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem
jurídica justa: conceito atualizado de

acesso à justiça, processos coletivos e
outros estudos. Belo Horizonte: Del
Rey, 2019.

A RELEVÂNCIA DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO NA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE FIRMADO EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: REPENSANDO A QUESTÃO UNICAMENTE DE DIREITO⁸⁰⁵

THE RELEVANCE OF THE FACTUAL- PROBATIVE CONTENT IN THE FORMATION OF THE PRECEDENT ESTABLISHED IN AN INCIDENT FOR THE RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS: RETHINKING THE QUESTION SOLELY OF LAW

Vinícius Ricardo Pereira de Matos

Especialista em Direito Processual Civil do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Especialista em Direito Público pela Faculdade CERS. Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Paragominas, Pará, Brasil. Endereço eletrônico: viniciusricardopm.adv@gmail.com.

Bernardo Augusto da Costa Pereira

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA, tendo sido bolsista do CAPES/PROSUP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Docente da disciplina de Direito Processual Civil nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Membro da Comissão de Processo Civil da OAB/PA. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. Advogado. Belém, Pará, Brasil. Endereço eletrônico: bapbernardo@gmail.com.

Arthur Laércio Homci da Costa Silva

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA (2008). Coordenador do Curso de Graduação em Direito do CESUPA. Professor de Direito Processual Civil da graduação e especializações do CESUPA. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Membro e diretor de relações institucionais (2023-2026) da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. Membro da Comissão de Processo Civil da OAB/PA. Sócio da Mendes Advocacia & Consultoria. Advogado. Belém, Pará, Brasil. Endereço eletrônico: arthur.homci@cesupa.br.

RESUMO: O período mais recente da sistemática processual cível trouxe consigo importantes inovações na aplicação dos precedentes judiciais

⁸⁰⁵ Artigo recebido em 07/03/2025 e aprovado em 16/06/2025.

vinculantes e sua utilização para solver o problema da multiplicidade de demandas e violações seriadas a direitos. Por essa lógica, adveio, a partir do Código de Processo Civil de 2015, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, espécie de precedente judicial que, pela redação da lei, limita-se ao exame da questão unicamente de direito. Lado outro, é estabelecido pela própria norma processual que os precedentes judiciais vinculantes devem levar em consideração as questões de fato relevantes para o julgamento do direito, denotando uma aparente contradição normativa. Nesse passo, o presente artigo tem por escopo analisar a relevância do fato e da prova na formação do precedente judicial em sede de IRDR, buscando repensar o conceito de “controvérsia sobre questão unicamente de direito” para as causas repetitivas, empregado no Código de Processo Civil, em que se atribuiu uma aparente limitação cognitiva ao incidente, em contrariedade ao sentido do termo precedente judicial. Inicia-se com a análise do conceito de precedente judicial, especialmente do IRDR, aferindo a importância da base fática na sua formação. Após, busca-se expressar, a partir da perspectiva do livre convencimento motivado, a relevância da prova na decisão do IRDR, identificando ponto de conexão entre a prova e o precedente judicial na necessidade de motivação judicial para as decisões que tratam de ambos os temas. Ao final, conclui-se que o fato e a prova possuem ampla relevância na formação da tese jurídica em sede de IRDR, devendo a hipótese de cabimento

do incidente ser retratada como questão predominantemente de direito, abarcando a apreciação destes na fixação do precedente. Para a formulação deste trabalho, utilizou-se do método dedutivo, realizando uma abordagem qualitativa sobre o tema, com a realização de pesquisa exploratória e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Fato; Prova; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; Questão unicamente de direito; Questão predominantemente de direito.

ABSTRACT: The most recent period in the civil procedural system has brought with it important innovations in the application of binding judicial precedents and their use to solve the problem of the multiplicity of lawsuits and serial violations of rights. With this in mind, the 2015 Civil Procedure Code introduced the Incident for the Resolution of Repetitive Demands - IRDR, a type of judicial precedent which, according to the wording of the law, is limited to examining a question solely of law. On the other hand, the procedural rule itself establishes that binding judicial precedents must take into account the questions of fact relevant to the judgment of the law, denoting an apparent normative contradiction. In this step, the current work has, as a goal, to analyze the relevance of facts and evidence in the formation of judicial precedents in the context of the Incident for the Resolution of Repetitive Demands - IRDR, seeking to rethink the concept of "controversy over a question of law only" for repetitive cases, used in

the Civil Procedure Code, in which an apparent cognitive limitation was attributed to the incident, contrary to the meaning of the term judicial precedent. It begins with an analysis of the doctrinal conceptualization given to judicial precedent, especially IRDR, measuring the importance of the factual basis in its formation. Then, from the perspective of motivated free convincing, we seek to express the relevance of evidence in the IRDR decision, identifying a point of connection between evidence and judicial precedent in the need for judicial motivation for decisions dealing with both issues. In the end, it is concluded that facts and evidence are of great importance in the formation of the legal thesis in the IRDR, and that the hypothesis of the incident being appropriate should be portrayed as predominantly a question of law, encompassing their assessment in setting the precedent. To formulate this paperwork, the deductive method was used, taking a qualitative approach to the subject, with exploratory and bibliographical research.

KEYWORDS: Fact; Evidence; Incident of Resolution of Repetitive Demands; Question solely of law; Question predominantly of law.

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico possui uma singular capacidade de adequar-se aos novos contextos sociais, políticos e econômicos com o passar do tempo, transmutando partes de sua forma, sem perder as suas características

fundantes, ou o seu revestimento jurídico-político mais interno.

Prova disso é constatada na inserção dos precedentes judiciais como instrumentos decisórios de organização jurídica, especialmente dos impactos que as decisões judiciais geram não só as partes, mas a todos os jurisdicionados que têm ou podem ter submetidas ao crivo judicante estatal controvérsias sobre a aplicação do direito em casos compreendidos como iguais, com identidades relevantes das questões de fato e de direito.

Compreende-se, antes de tudo, que a utilização dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, de matiz *civil law*, ainda é dotada de certa recenticidade, dado que a aplicação de precedentes judiciais vinculantes no Brasil, enquanto sistema organizado de atuação, ocorreu de fato a partir da instituição do Código de Processo Civil de 2015.

Nesse cenário, mesmo com um manejo de aparência mais alicerçada dos precedentes judiciais vinculantes, ainda aparecem lacunas e fragilidades na construção normativa desse sistema precedentalista brasileiro, a serem colmatadas a partir de um debate jurídico amplo, visando a maturação e solidificação desse sistema.

Uma dessas lacunas ainda não superadas completamente consiste no racional tratamento dos fatos e, especialmente, das provas, no procedimento cognitivo de formação do precedente judicial, especialmente do precedente firmado em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, inserido no rol dos precedentes vinculantes do art. 927, do

CPC, vez que apontado pela própria lei processual como instrumento resolutivo de demandas repetidas que contenham controvérsia sobre “questão unicamente de direito”(Art. 976, I, do CPC), deixando aparentar, sob a leitura mais exegética do texto legal, que desconsidera o aspecto fático-probatório da lide.

É certo que, na teoria dos precedentes judiciais, o fato e a prova exsurtem como elementos determinantes na delimitação do próprio precedente, configurados como o contorno de realidade sobre o qual se submeterá a atuação intelectual do julgador, aplicando-lhe o melhor entendimento.

Em vista disso, aparenta perder certo sentido a instituição de espécie de precedente judicial, como o IRDR, quando sua própria norma procedimental não traduz corretamente o alcance da atividade cognitiva promovida pelo julgador para somente abarcar questões unicamente de direito, o que acaba por fragilizar a sua melhor compreensão e aplicação.

Por esse aspecto, cabe questionar em que medida o fato e a prova podem ser relevantes para a formação do precedente em sede de IRDR, vez que este incide perante a efetiva repetição de processos com mesma questão unicamente de direito.

Com vistas a responder tal questionamento, o presente trabalho tem por objetivo geral analisar a relevância do fato e da prova na formação do precedente firmado em sede de IRDR, buscando repensar o conceito de “controvérsia sobre questão unicamente de direito”.

Para tanto, será necessário compreender a conceituação doutrinária dada ao precedente judicial, especialmente ao precedente firmado em IRDR, aferindo, a partir do molde conceitual adotado, a importância da base fática na formação do precedente judicial, e, no particular, no IRDR.

Ademais, deve-se analisar, a partir da perspectiva teórica da valoração da prova, especialmente quanto ao livre convencimento motivado, a relevância do elemento probatório na confirmação da alegação fática que subsidia a questão de direito a ser solucionada pelo precedente firmado no IRDR, bem como o ponto de conexão entre a prova e a decisão formuladora de precedente judicial.

A justificativa para o presente artigo centra-se na importância de partilhar considerações sobre temática ainda caminhante no processo civil brasileiro firmada na utilização dos fatos e das provas subjacentes na formação do precedente em sede de IRDR, buscando repensar o termo “questão unicamente de direito”, com vistas a otimizar sua aplicação e contribuir para o amadurecimento do sistema de precedentes vinculantes em nosso empreendimento jurídico pátrio.

O presente artigo é formulado a partir do método dedutivo, realizando uma abordagem qualitativa sobre o tema, em pesquisa exploratória e bibliográfica, examinando, sobre o prisma teórico, a temática dos precedentes, fatos jurídicos e valoração da prova, buscando as fontes nos livros específicos e gerais de direito, nos artigos científicos relevantes sobre a matéria, bem como nas normas legais

existentes e nos enunciados de direito sobre a matéria.

1. OS PRECEDENTES JUDICIAIS, O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A RELEVÂNCIA DO FATO PARA SUAS FORMAÇÕES

Os precedentes judiciais são uma importante ferramenta de unificação da compreensão cognitiva do sistema jurídico, realizado por meio de seus pronunciadores oficiais, com poder para interpretação das normas positivadas e aplicação aos casos concretos que se apresentam cotidianamente.

Segundo a estrutura organizacional do processo, as decisões sobre conflitos jurídicos são proferidas por autoridades dotadas de legitimação para personificar a atuação estatal de aplicação do direito objetivo ao caso concreto, buscando resolver, com definitividade, uma crise jurídica instalada, com vistas a garantir a pacificação social⁸⁰⁶.

As decisões judiciais, portanto, possuem o condão de garantir a pacificação social, com a aplicação pariforme do direito, atribuindo soluções racionais e razoáveis aos casos levados à compreensão das autoridades judicantes. Não podem, portanto, as decisões judiciais estabelecerem, cada uma, entendimento diferente a igual

direito pleiteado em casos idênticos, sob pena de, ao invés de pacificar a sociedade, acabarem por majorar um conflito já existente, dada a desigualdade de tratamento entre os casos tomados como iguais entre si.

Nesse sentido, o sistema jurídico brasileiro encontrou nos precedentes judiciais, instituto típico dos países de *common law*, instrumento para a atribuição de racionalidade e unicidade na aplicação do direito nos níveis de igualdade em que a lei, por si só, não conseguiu alcançar⁸⁰⁷, demandando, dessa forma, o reforço dos precedentes como forma de estabilização da interpretação normativa, já multifacetada ante o entendimento próprio de cada magistrado sobre a interpretação das leis, especialmente as que carregam expressões jurídicas de tecido aberto ou conceitos jurídicos indeterminados, onde a interpretação do julgador acabava se tornando necessária.

Nesse visio, os precedentes judiciais tornam-se cada vez mais importantes dentro do contexto de racionalidade e uniformização do entendimento do direito, culminando com a instituição, no Código de Processo Civil de 2015⁸⁰⁸, dos chamados precedentes vinculantes, compreendidos como precedentes erigidos com o intuito de vincular os órgãos do Poder Judiciário quanto ao

⁸⁰⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil Vol. Único*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 59.

⁸⁰⁷ PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. Precedentes Judiciais e Acesso à Justiça: argumentos favoráveis à sua utilização. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, Florianópolis, v.6,

n.2, p. 21, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/6928>.

⁸⁰⁸ BRASIL. Lei 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Seção 1, 17 de março de 2015.

entendimento jurídico neles estabelecido, amarrando o próprio órgão emanador do precedente (eficácia horizontal) quanto os órgãos jurisdicionais a ele vinculados por relação hierárquica (eficácia vertical), destacando-se nessa seara de novas espécies de precedentes a tese jurídica fixada em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR.

1.1. CONCEITO E NATUREZA DE PRECEDENTE JUDICIAL E DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Compreende-se o precedente judicial como uma decisão judicial, cujos fundamentos decisórios operam efeitos de sustentação argumentativa de decisão judicial ulterior. Silva⁸⁰⁹ define o precedente como ato normativo judicial vinculante, podendo-se defluir desse conceito que o precedente é um ato de origem judicial com dimensão normativa, ou seja, criador de entendimento sobre determinado direito a ser aplicado ao caso concreto e a qualquer outro que lhe tiver idêntica ou similar conformação fático-jurídica, a partir da interpretação de regra geral e abstrata de direito.

Os precedentes judiciais são cunhados a partir dos princípios da segurança jurídica, da igualdade de tratamento e da coerência, contribuindo para o estabelecimento de um entendimento jurídico unitário sobre

determinada situação fático-jurídica, buscando remediar os efeitos deletérios de decisões dissonantes e refratárias entre si.

O elemento vinculativo dos precedentes firma-se nos fundamentos determinantes da decisão, configurando a “tese jurídica adotada ou a norma consagrada na decisão que expressa o convencimento do juízo em um caso”⁸¹⁰. Apresentam-se, desse modo, como a compreensão do direito adotado na decisão, a partir do exame da aplicação normativa ao contexto fático observado, conferindo a melhor interpretação jurídica ao caso.

Nesse cenário, o IRDR, enquanto instrumento de formação de precedente vinculante, surge com objetivo de promoção da uniformidade decisória das situações em que se constate a “multiplicidade de processos que contenham controvérsia sobre idêntico ponto de direito, com o objetivo de fixar a tese jurídica aplicável a todos os casos”⁸¹¹.

Conforme definido no art. 976, incisos I e II e parágrafo 4º, do CPC, o IRDR é cabível quando houver, simultaneamente, como requisitos positivos, 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, além do requisito negativo de não haver sido afetado recurso nos tribunais superiores para definição de tese sobre questão de

⁸⁰⁹ SILVA, Arthur Laércio Homci da Costa. *Precedentes e integridade: os desafios para a garantia do acesso à justiça a partir da atuação do STF*. Londrina, PR: Thoth, 2023. p. 84.

⁸¹⁰ *Ibidem*. p. 70.

⁸¹¹ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 31.

direito material ou processual repetitivos.

Todavia, apesar de se considerar que o IRDR fixa tese sobre determinada questão, esta não deve ser interpretada como questão unicamente de direito, havendo a análise de questões fáticas homogêneas entre as demandas, não podendo proceder o julgador no descolamento absoluto da base fática que demonstra a característica de padronização das relações jurídicas em que paira controvérsia jurídica.

Deve-se lembrar que, pela estrutura normativa conferida pelo CPC atual, o IRDR integra o rol dos precedentes vinculantes, constituindo, acima de tudo, uma espécie de precedente judicial. Ora, em vista disso, este submete-se a mesma regra de fundamentação adequada e específica aos demais precedentes vinculantes, encampada no parágrafo 4º, do art. 927, do CPC, devendo observar tal exigência, que perpassa, inexoravelmente, pela análise dos fatos essenciais constantes na demanda, com vistas a efetivar uma boa delimitação da controvérsia jurídica existente e dos fundamentos determinantes do próprio precedente, atribuindo a ele um âmbito de incidência controlável justamente por este aspecto fático subjacente.

Diante disso, destaca-se a relevância dos fatos na construção dos fundamentos determinantes do precedente judicial firmado em sede de IRDR.

1.2. A RELEVÂNCIA DOS FATOS NA CONSTRUÇÃO DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES DO PRECEDENTE JUDICIAL FIRMADO EM IRDR

Como visto, o precedente judicial, enquanto regra jurídica a ser utilizada em decisão posterior diante de caso análogo, deve considerar tanto as circunstâncias de fato quanto as de direito relevantes que delimitaram o caso paradigma, aplicando-se a mesma razão jurídica ofertada quando as identidades entre os casos assim autorizarem.

Pode-se compreender o precedente como composto pelas circunstâncias de fato e pela tese lastreada na motivação jurídica emanada, substanciada nos fundamentos determinantes da decisão. Por sua vez, Taruffo⁸¹², vaticina que a “estrutura fundamental do raciocínio que sustenta e aplica o precedente ao caso sucessivo é fundada na análise dos fatos”.

Schauer⁸¹³, ao tratar dos elementos que garantem a completude e a racionalidade do ato decisório, compreende que “a decisão será acompanhada por uma caracterização articulada e impositiva da decisão e de seus fatos subjacentes”.

Pereira⁸¹⁴ destaca que os precedentes judiciais utilizados no Brasil são de índole interpretativa, ou seja, que criam a regra aos casos

⁸¹² TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 199, p. 139, set. 2011.

⁸¹³ SCHAUER, Frederick. Precedente. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE,

Alexandre (Orgs); DIDIER JR, Fredie (Coord). *Grandes temas do novo CPC: Volume 3 - Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 59.

⁸¹⁴ PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *Os precedentes judiciais e a razoável duração do*

concretos a partir da fixação da interpretação da norma legal. Dessa forma, compreende-se que a atividade cognitiva da formulação dos precedentes judiciais relaciona-se sempre com a análise da situação fática do caso e aplicação do entendimento normativo que melhor o explica.

O sistema jurídico brasileiro fundou-se na codificação como forma de organizar e racionalizar as relações sociais e a aplicação do direito. Contudo, a própria lei, insculpida no ímpeto de estabelecer igualdade e conferir racionalidade, não conseguiu alcançar todos os espaços de resolução das múltiplas querelas diárias que se apresentam. Podem se identificar três razões para tanto: a) mesmo com a multiplicidade e a densidade de leis e normas infralegais no empreendimento normativo pátrio, tais disposições não fornecem solução a todas as hipóteses de relações sociojurídicas que se apresentam cotidianamente, ante as inovações diárias visualizadas; b) o movimento normativo para a construção de normas jurídicas de tecido aberto, aumentando a discricionariedade do julgador e; c) a multiplicidade de leis e demais atos normativos podem levar a interpretações conflitantes, promovidas por diferentes diplomas jurídicos, sobre uma mesma questão jurídica, cambiando a interpretação judicial de acordo com a norma adotada.

Dessa forma, a construção dos precedentes segue a lógica da melhor aplicação normativa aos fatos identificados, uniformizando a compreensão e buscando a coerência do direito, com a pacificação das relações jurídicas, a segurança jurídica e aplicação de isonomia aos jurisdicionados⁸¹⁵.

Isso condiz com a técnica hermenêutica proposta por Bustamante⁸¹⁶, que visualiza a decisão judicial como constituída por uma série de silogismos, de forma que o enunciado resultante da conclusão de um raciocínio interpretativo sobre uma norma, também chamado de silogismo interpretativo, constitui a premissa maior de um exercício silogístico em que os fatos relevantes para a justificação formam a premissa menor.

Entende-se, a partir disso, que fato e direito estão coligados intimamente na dinâmica processual, não podendo haver cisão absoluta entre tais elementos, fulcrais à determinação da resposta jurídica substantiada na decisão.

Tal entendimento confere uma relevância dos fatos dentro da formação do precedente, pois estes, junto com a questão de direito, formam a questão jurídica objeto da decisão do precedente judicial. Importante frisar que, para

processo: uma análise a partir da teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 53-54.

⁸¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2 ed. São Paulo: Thomson

Reuters Brasil: Revista dos Tribunais, 2016. p. 590-591.

⁸¹⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 276.

Marinoni⁸¹⁷, torna-se imprescindível a justificação da aplicação de um precedente, impondo a identificação de seus fundamentos determinantes e dos fatos subjacentes ao precedente, com o propósito de verificar a correlação fática e jurídica entre o caso paradigma e o caso concreto.

Para Pereira⁸¹⁸, o desenvolvimento da unidade do direito inicia a partir do caso concreto, por meio da questão de fato e da questão de direito, incidíveis entre si, motivo pelo qual a questão de fato, necessariamente, deve integrar, em maior ou menor medida, os fundamentos determinantes do precedente, pois são dos fatos que nasce o direito.

Os precedentes, dessa forma, “operam sobre os fatos que delimitam o contexto fático-jurídico a partir do qual surgiram”⁸¹⁹. Na intelecção de Molina⁸²⁰, o precedente é construído a partir das “razões de fato que ilustram a causa, a tese ou princípio jurídico afirmado na motivação e a argumentação jurídica do tribunal em torno da questão julgada,

cujo conjunto dos elementos formam a razão de decidir”.

Os juízes possuem o dever de saber identificar os limites dos precedentes formulados, a partir da dimensão fático-jurídica que possuem, definindo seu âmbito de incidência, atuando com adstrição aos fatos e a fundamentação jurídica formulada, evitando ao máximo que profiram decisões baseadas em precedentes vinculantes sem recuperar o contexto fático dos precedentes paradigmas, utilizados como suporte decisional⁸²¹.

Esta mesma preocupação é partilhada por Cambi e Hellman⁸²², ao compreenderem que os textos legais atuais possuem alta presença de cláusulas gerais que, por vezes, acabam levando a uma notória margem de liberdade para criação judicial, reclamando, então, para evitar discricionariedade na aplicação judicial da lei, que o órgão judicial incumbido da fixação do precedente observe detidamente as situações fáticas e jurídicas abrangidas pela norma, com vistas a evitar as denominadas “decisões *standards*”, que não guardam

⁸¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 926 do CPC/2015. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et all (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2073.

⁸¹⁸ PEREIRA, Rafael Caselli. *A influência dos fatos na formação dos precedentes: a incontrovérsia e os fatos que independem de prova como hipótese de superação da Súmula 07-STJ*. Londrina: Thoth, 2022. E-Book. p. 14.

⁸¹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016. p. 106.

⁸²⁰ MOLINA, André Araújo. A Importância dos Fatos para a Compreensão dos Precedentes. In:

PRITSCH, Cesar Zucatti; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; HIGA, Flávio da Costa; MARANHÃO, Ney. *Precedentes no Processo do Trabalho: teoria geral e aspectos controvertidos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil: Revista dos Tribunais, 2020. p. 183.

⁸²¹ *Ibidem*. p. 180.

⁸²² CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs); DIDIER JR, Fredie (Coord). *Grandes temas do novo CPC: Volume 3 - Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 650-651.

qualquer relação com o caso concreto, com a extensão demasiada da tese, culminando no arbítrio judicial.

Essa constatação reside com maior possibilidade de ocorrência no precedente firmado em IRDR, uma vez que a própria lei processual trata tal espécie como aplicável aos casos que possuem controvérsia sobre questão unicamente de direito, deixando a nítida impressão de que a abstração fática é absoluta, criando-se tese jurídica vinculante sem utilizar do elemento de limitação do âmbito de incidência deste, que é a questão fática.

O que aparenta ocorrer é que o legislador originário conferiu um âmbito de incidência diversificado a este precedente, atuando em espaço onde os demais não conseguem se inserir. Ocorre que, para tornar ampla sua capacidade de vinculação, adotou o entendimento de “questão unicamente de direito”, em que os fatos, aparentemente, não entrariam no processo cognitivo-intelectivo de formação da tese jurídica, buscando gerar uma compreensão vinculante de maior abrangência, com vistas a acelerar a prestação jurisdicional igualitária.

Todavia, ao instituir o IRDR como espécie de precedente judicial vinculante, o legislador infraconstitucional torna-o, submetido à essência geral dos precedentes

judiciais, em que é demandado, na criação do entendimento jurídico decisório (fundamentos determinantes do precedente), a análise dos fatos relevantes ao caso selecionado como base para fixação da tese jurídica, com vistas a adequar os limites do precedente às circunstâncias fáticas que subsidiam a questão de direito controvertida, a delimitar a tese jurídica fixada.

Assim, o exame da questão fática também é aplicável no julgamento de fixação da tese em IRDR, tendo em vista a necessidade de adequação do precedente aos limites fático-jurídicos da controvérsia repetitiva existente, com vistas a não transbordar a aplicação do precedente a casos em que as circunstâncias fáticas indicariam haver divergência.

Assim, a expressão “unicamente de direito” não exclui o uso do incidente para se resolver controvérsias sobre qualificação jurídica de fatos⁸²³.

Deve-se notar que, em razão da relação imbricada entre fato e direito, nunca haverá a existência de questão puramente de fato ou puramente de direito. Tendo por base essa compreensão, Wambier⁸²⁴ defende a existência de questões predominantemente de fato ou predominantemente de direito, compreendendo que o fenômeno jurídico é uma construção tanto de fato

⁸²³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1414.

⁸²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores precedentes no direito brasileiro. São Paulo:

Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 361-362 *apud* PEREIRA, Rafael Caselli. *A influência dos fatos na formação dos precedentes: a incontrovérsia e os fatos que independem de prova como hipótese de superação da Súmula 07-STJ*. Londrina: Thoth, 2022. E-Book. p. 71.

quanto de direito, mas em que o aspecto problemático pode estar concentrado em torno dos fatos ou do direito.

Pode-se depreender daí que nunca haverá questão unicamente de direito, ao contrário do que dispõe o artigo 976, inciso I, do CPC, mas se observará como objeto de regência do IRDR a questão predominantemente de direito, que conterà certa incursão fática a ser analisada, voltada a compreender como o substrato fático serve como indicador da existência e modo de ser da relação jurídica, conforme já comprovados na instância ordinária de julgamento.

Nesse ponto, vale carrear a conceituação desenvolvida por Pereira⁸²⁵, de fato essencial ou relevante, sendo este o fato que “além de delimitar a pretensão, influencia diretamente na solução do processo por ter em seu núcleo uma consequência ou relevância jurídica determinante”.

Na linha de conceituação do autor⁸²⁶, os fatos essenciais podem ser originados de duas formas: a) por meio dos fatos incontroversos puros ou; b) por meio dos fatos incontroversos instrutórios. Os fatos incontroversos puros são os que adquirem a qualidade de incontroversos diretamente, desnecessitando de prova, como os fatos notórios, confessados, admitidos ou decorrentes de presunção legal absoluta, ao passo que os fatos incontroversos instrutórios adquirem o caráter de incontroverso após a

instrução probatória, tornados incontroversos na sentença ou acórdão que sobrepujam determinadas provas em detrimento de outras. São, portanto, os fatos essenciais, incontroversos puros ou os instrutórios, que integram o componente de análise da tese jurídica vinculante, por influenciarem no resultado da resolução da questão jurídica repetitiva.

A partir disso, entende-se que IRDR serve para promover a qualificação jurídica dos fatos, ou seja, integrar os fatos essenciais na *ratio decidendi* a partir do exercício silogístico de aplicação do direito no material fático relevante à delineação da controvérsia⁸²⁷.

Portanto, os fatos também são relevantes na configuração da tese jurídica vinculante fixada no IRDR, sendo autorizado em razão de sua incontrovérsia, pura ou instrutória, sem que haja a necessidade de que o órgão responsável pela fixação do entendimento jurídico tenha de avaliar as minudências fáticas da demanda, mas simplesmente conferir o entendimento jurídico aos fatos já trabalhados na instância ordinária e apontar a forma de manifestação destes.

Para Temer⁸²⁸, a questão predominantemente de direito estaria relacionada aos fatos somente na busca de se compreender qual a norma aplicável a determinada situação fática projetada dos casos repetitivos, não se

⁸²⁵ PEREIRA, Rafael Caselli. *A influência dos fatos na formação dos precedentes: a incontrovérsia e os fatos que independem de prova como hipótese de superação da Súmula 07-STJ*. Londrina: Thoth, 2022. E-Book. p. 67.

⁸²⁶ *Ibidem*. p. 68.

⁸²⁷ *Ibidem*. p. 138.

⁸²⁸ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 78.

apurando se e como ocorreram determinados fatos específicos, havendo tão somente a projeção de uma situação fática padrão (fato-tipo), a partir de elementos fáticos comunicantes entre as demandas repetitivas que serviriam de substrato para a instauração do precedente, abstraindo as informações fáticas divergentes e que não possuam o condão de influir na fixação da tese jurídica.

Compreende-se que a doutrina reconhece a necessidade de exame das circunstâncias fáticas na operação cognitiva de fixação da tese jurídica vinculante e generalizada no IRDR, que recai, em verdade, sobre questão predominantemente de direito, contemplando os fatos essenciais do caso repetitivo (ou casos repetitivos) tomado como paradigma, incidindo na configuração dos fundamentos determinantes do precedente firmado, evitando-se uma “abstração excessiva das questões jurídicas referentes as demandas repetitivas que poderiam denunciar um artificialismo da decisão”⁸²⁹.

Vale lembrar que, no âmbito do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, que tramitava na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.046/2010), foi apresentado, pela Comissão Especial Parecerista, um substitutivo aos Projetos de Lei nº 8.046/2010, 6.025/2005, entre outros, em que continha a expressa previsão de que o IRDR poderia ser utilizado para a

resolução de questões de fato objeto de decisões dissonantes, conforme constava no parágrafo 9º, do artigo 988, do CPC, dispondo da seguinte forma: “§ 9º O incidente pode ser instaurado quando houver decisões conflitantes sobre mesma questão de fato.”, texto que, como cediço, não foi aprovado na versão final do código.

Sucedee que, mesmo o incidente não sendo voltado para a pacificação de questões fáticas, não quer dizer que não possa comportar a análise dos fatos essenciais ou relevantes, constantes na questão predominantemente de direito, incluindo-os na *ratio decidendi* da tese jurídica vinculante, vez que necessários para a racionalidade e a delimitação correta do precedente, especialmente quanto ao seu âmbito de incidência.

Isso, inclusive, é reforçado, quando compreendido que a construção racional do precedente, sustentada pela sua fundamentação, deve ser bem formulada para possibilitar o seu controle intersubjetivo, buscando conferir racionalidade ao ato de comparação das similitudes entre o aspecto fático-jurídico dos fundamentos determinantes do precedente e os casos concretos, concluindo pela sua aplicação ou distinção.

Ademais, a importância da apresentação dos motivos determinantes da decisão, incluindo o anteparo fático, que limita o âmbito de aplicação do precedente, está em possibilitar a compreensão social do

⁸²⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2 ed. São Paulo: Thomson

Reuters Brasil: Revista dos Tribunais, 2016. p. 584.

entendimento firmado pelo órgão julgador e permitir a parte que tende a suportar os efeitos adversos do precedente o recebimento de um material facilmente cognoscível, que lhe confira base de entendimento suficiente para recorrer ou cumprir a decisão judicial⁸³⁰.

A distinção, portanto, é uma técnica de verificação quanto a existência de diferenças relevantes entre o caso em apreço e o caso paradigma, afastando-se a aplicação do precedente, cuja base fático-jurídica não consegue assentar-se racionalmente no contexto fático do processo em apreciação, sendo que, para a distinção tomar forma adequada, deve haver a definição do contexto fático-jurídico da controvérsia do caso em julgamento e a comparação com o contexto atinente a decisão precedente.

Diante disso, advém a relevância da prova para a confirmação desses fatos essenciais ou relevantes a formação do precedente vinculante.

2. RELEVÂNCIA DA PROVA NA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE FIRMADO EM IRDR

2.1. A PROVA COMO INSTRUMENTO DE VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DETERMINADO FATO E DA PRÓPRIA RELAÇÃO JURÍDICA ALEGADA NO IRDR

Conforme visto no tópico antecedente, o fato detém uma grande relevância para a formação da decisão insculpida como precedente judicial, promovendo a delimitação e a própria racionalidade deste, ao definir seu âmbito e limite de incidência. Nessa ótica, deve-se compreender que o fato definido no precedente não advém de uma incorporação automática pela decisão, mas a partir de alegações fáticas inicialmente apresentadas pelas partes e pela corroboração lógica dessas alegações, a ser efetivada pelas provas, construídas no processo e racionalizadas na decisão judicial, inclusive a que forma precedente vinculante.

Tem-se, na dicção de Mouta e Lemos⁸³¹, que a prova é o instrumento de corroboração do fato afirmado pela parte em juízo, não sendo o fato necessariamente a retratação absoluta da realidade, mas o grau de probabilidade da alegação da parte corresponder a esta. O sentido teleológico do processo, nesta visão, não seria a busca da verdade absoluta, mas a comprovação da postulação argumentativa que melhor a alcança.

Nesse cenário, incumbe à prova corroborar a alegação linguística da parte (narrativa dos fatos), buscando confirmar se os relatos fáticos das partes se aproximam da realidade⁸³².

⁸³⁰ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs); DIDIER JR, Fredie (Coord). *Grandes temas do novo CPC: Volume 3 - Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.648.

⁸³¹ ARAÚJO, José Henrique Mouta; LEMOS, Vinicius Silva. *Procedimento comum no processo de conhecimento*. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 414-416.

⁸³² *Ibidem*, p. 401.

Por esse olhar, a prova, enquanto tomada como atividade, teria por função “comprovar a produção dos fatos condicionantes aos quais o direito vincula consequências jurídicas ou determinar o valor de verdade das proposições que descrevem a ocorrência desses fatos condicionantes”⁸³³.

Nesse cenário, os fatos são engendrados pelas provas aportadas e admitidas no processo, graduando-se a relevância da prova a partir do quanto de apoio ou refutação que consegue aportar a determinada hipótese fática formulada no processo, visando o convencimento do julgador a partir dos princípios lógicos e jurídico-científicos⁸³⁴.

A prova dirige-se ao convencimento do juízo, de forma que se registre na decisão judicial qual o cenário fático que melhor se evidenciou ocorrido no plano fenomênico a partir dos elementos de prova que o corporificam no processo. Para tanto, a prova deve passar pelo crivo da cognição judicante, a qual é realizada pela técnica operativa da valoração da prova, que antecede a tomada de decisão.

A valoração da prova é o ato (ou conjunto de atos) do juízo em examinar, detidamente, a correspondência das provas carreadas ao processo aos argumentos estabelecidos pelas partes,

aferindo o grau de comprovação de cada elemento de prova tomado individualmente, com vistas a considerá-la com robusto valor probatório, e, assim, provar o fato alegado, ou para desconsiderá-la, declarando-a inábil para comprovação do fato⁸³⁵. Assim, a partir da valoração da prova, a autoridade judicante verifica se há uma ligação entre a prova produzida e a alegação fática externada na demanda, promovendo o acerto dos fatos à realidade possível de ser constatada, sendo a valoração de prova mais simples a decorrente da análise de existência ou não de determinado fato⁸³⁶.

A valoração da prova, a partir disso, torna-se umbilicalmente coligada a tomada de decisão no processo, pois prescreve a necessidade de que o juízo, ao decidir, examine todos os elementos de prova admitidos e tornados relevantes durante o processo. Nessa senda, denota particular relevância o sistema de valoração do livre convencimento motivado, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

O sistema do livre convencimento motivado exsurge como forma de garantir a liberdade do julgador na aferição do material probatório, submetendo-o, por outro lado, a um dever de motivação (justificação) da escolha probatória, facilitando, assim, o controle pelas partes da decisão

⁸³³ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Coleção Raciocínio Probatório – Valoração racional da prova*. Traduzido por Vitor de Paula Ramos, 3. ed., rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023b. p. 52.

⁸³⁴ *Ibidem*. p. 68-69.

⁸³⁵ ARAÚJO, José Henrique Mouta; LEMOS, Vinicius Silva. *Procedimento comum no*

processo de conhecimento. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 443.

⁸³⁶ AUILO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 93.

proferida, gerando a benfazeja amarra ao juízo de racionalizar a escolha da prova, a partir de uma argumentação compreensível às partes⁸³⁷.

O artigo 371, do CPC, vaticina, claramente, que o juiz, ao apreciar (valorar) as provas admitidas nos autos, independentemente do sujeito processual que a tiver promovido, deve apresentar as razões da formação de seu convencimento, ou seja, de como compreendeu os fatos ocorrentes na relação jurídica e aplicou o direito. Estabelece o código que a decisão judicial trata de uma atividade persuasiva do julgador sobre si mesmo, as partes e à sociedade em geral, somente se justificando a decisão tomada se esta subsistir à crítica lógica⁸³⁸.

A motivação consiste, então, na expressão linguística das razões que justificam a decisão adotada, refletindo a consideração judicante das provas instrutórias relacionadas aos fatos alegados pelas partes, com vistas a definir o esquadrihado fático que melhor se amolda a uma noção de verdade⁸³⁹.

Nesse passo, ocorre o chamado controle intersubjetivo da decisão de corroboração probatória⁸⁴⁰, que a aproxima da decisão sobre questão jurídica na fixação de precedente judicial, a qual também está sujeita a motivação judicial e ao controle intersubjetivo geral.

Aduz-se que a autoridade judicante, ao proferir decisão judicial, utilizará das provas com que teve contato para compreender melhor os fatos, aproximando o máximo possível a sua construção dos eventos que acontecerem em realidade, a partir de uma noção de probabilidade, de forma que, ao conhecer os fatos, sustentados pelas provas, poderá aplicar a previsão normativa abstrata da melhor forma possível, pacificando o conflito.

Nesse viso, a prova, tomada como instrumento de corroboração dos fatos alegados em juízo, é extremamente importante para a configuração da relação jurídica existente, pois determina, primordialmente, sua existência ou não, além do seu modo de ser, ou seja, da forma de sua externalização no mundo fático e configuração no mundo jurídico a partir da aplicação normativa.

Com efeito, torna-se imprescindível para a verificação da relação jurídica em que conste controvérsia que reclame a uniformização da compreensão judicial, com a fixação de tese jurídica vinculante em sede de IRDR. É dizer que a prova dos fatos alegados possui singular importância quando da alegação pela parte de um caso repetitivo, da ocorrência de um fato jurídico, que torna determinada relação em jurídica, a partir da subsunção a determinada hipótese normativa abstrata, bem como da forma

⁸³⁷ *Ibidem*. p. 38-39.

⁸³⁸ *Ibidem*. p. 40.

⁸³⁹ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Coleção Raciocínio Probatório – Prova sem convicção: standards de prova e devido processo*. Traduzido por Vitor de

Paula Ramos, 2. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023a. p. 338.

⁸⁴⁰ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no Processo Civil: Do ônus ao dever de provar*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 47.

de existência desse fato, atraindo-o ou não para a relação tomada como massificada e objeto de questão repetitiva, hábil a incidir a fixação de uma tese jurídica uniformizante.

A prova em si, nesse contexto, tem o condão de confirmar a existência ou não da relação jurídica alegada, bem como se está inserida na moldura repetitiva, ou se possui alguma particularidade fática que a destoa profundamente das demandas repetitivas.

2.2. A ANÁLISE DAS PROVAS E DA CAPACIDADE DE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA COMO FUNDAMENTAL AO PRECEDENTE JUDICIAL FIRMADO NO IRDR

A análise da prova é relevante, em um cenário mais frontal, para fins de distinção do precedente, utilizando a prova como elemento de corroboração da alegação de que determinada relação não entra na repetitividade hábil a ensejar o precedente, ou mesmo infirmando alegação de que o caso estaria amoldado a hipótese do precedente, quando as provas não a demonstram.

Contudo, a relevância da prova serve também para a decisão de fixação do precedente, na etapa do julgamento do IRDR. A tese jurídica fixada em IRDR deve ser formulada a partir da análise de um processo condutor (também chamado de causa-piloto). Tal processo,

ao servir de base para a projeção de um fato-tipo comum aos casos repetitivos, deve conter um manancial fático-probatório relevante, hábil a dar segurança ao julgador de que o caso condutor de fato possui condições mínimas de representar a controvérsia e, além disso, ter no seu quadro fático condições para receber a tese firmada no precedente e servir de paradigma para que a mesma tese seja replicada nos demais casos com igual quadro jurídico.

Faz-se tal cenário imprescindível no momento da seleção do caso condutor, uma vez que deve observar se o caso, de fato, possui caracterizada, a partir da análise das provas e dos fatos, a existência da relação jurídica que a parte alega ter, bem como se tal relação se projeta da mesma forma das que são objeto da querela repetitiva.

Nessa linha intelectual, Mendes⁸⁴¹, ao comentar sobre os critérios de seleção dos casos paradigmáticos e formação de precedente no IRDR, atenta para a existência dos aspectos quantitativo e qualitativo da argumentação abrangente na formulação do precedente. O aspecto quantitativo teria por base a necessidade de seleção do caso condutor com maior quantidade de argumentações relevantes, levando o julgador a decidir sobre um maior conjunto de questões, dando mais robustez e maturação a tese jurídica fixada, com maior completude do ponto de vista horizontal da argumentação,

⁸⁴¹ MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Julgamento de casos repetitivos: critérios de seleção dos casos paradigmáticos e formação*

de precedentes. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 156-159.

enquanto que o aspecto qualitativo surge quando da profundidade conteudística das alegações, quando o julgador possuirá material mais aprofundado sobre cada ponto a ser objeto de decisão, sendo que, deve conciliar ambos os aspectos na seleção de casos que ofereçam melhor subsídio a fixação da tese jurídica.

Assim, compreende-se que a argumentação abrangente somente é possível com a corroboração probatória dos fatos subjacentes à relação jurídica repetitiva, de modo que deve ser provado dentro do caso repetitivo condutor, ou seja, aquele selecionado para o julgamento e a fixação da tese jurídica vinculante, a existência e o modo de ser da relação, defluindo o julgador conceber se a relação jurídica que dá azo a alegação de incidência da questão repetitiva no caso efetivamente existe e se ela traduz os moldes da repetitividade alegada, ou seja, se ela de fato produz a questão repetitiva a ser sanada universalmente.

Compreende-se, a partir disso, que a fundamentação do caso sob a apreciação da questão de fato subjacente e da questão de direito, resultando na questão predominante de direito, coaduna com a noção de desenvolvimento da unidade do direito, com o objetivo de orientação das condutas sociais e promoção da igualdade, segurança jurídica e coerência sistêmica⁸⁴², desiderato que compartilha com os precedentes

judiciais, aproximando a noção de justificação dos elementos fático-probatórios essenciais na fundamentação da decisão do precedente vinculante com o fito de conferir racionalidade na uniformização da compreensão jurídica.

A prova e o fato, na seleção do caso condutor, traduzem, então, importância para a fixação do fato-tipo a unificar todas as demandas repetitivas e para a própria fixação da tese, vez que os fatos, a partir da prova, irão esquadrihar e delimitar o âmbito de aplicação do precedente, impedindo o que se pode chamar aqui de uma positivação da atividade judicante, com a formulação de teses exageradamente abertas, prescindidas do conteúdo fático mínimo que as delimite e dê ordem na aplicação, além de justificar a tese jurídica formulada.

Isso não quer dizer que a prova e o fato devem imiscuir-se completamente na fixação da tese jurídica. A cisão cognitiva do IRDR prescreve que a influência do caso condutor, no julgamento da tese jurídica, servirá tão somente como parâmetro ao formato generalizado da tese a ser replicada aos casos repetitivos⁸⁴³.

Nesse caso, a prova serve tão somente para comprovar a existência e o modo de ser da relação jurídica em que consta a controvérsia repetitiva, que são projetadas como comuns a todas as demandas, não adentrando na

⁸⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 666.

⁸⁴³ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 78-79.

comprovação de pontos particulares de cada caso e sem relevância ao precedente. Por esse motivo, a seleção do caso deve observar, no mínimo, as provas que corroboram que a relação existe e possui a forma das demandas repetitivas, sem precisar adentrar mais do que isso. Assim, as provas dos fatos podem influir no julgamento da tese jurídica do IRDR, oferecendo o suporte cognitivo devido e necessário, sem acarretar morosidade ou estagnação ao julgamento.

Outro cenário em que se faz relevante a melhor compreensão dos fatos e das provas de referência traduz-se na eventual superação do precedente judicial vinculante. Esta ocorre quando o entendimento judicial proferido pelo órgão julgador não mais serve como prisma elucidativo da melhor compreensão jurídica aplicável como resposta ao conflito jurídico, seja por mudança na conjuntura social, econômica, política ou cultural, ou mesmo em razão da alteração legislativa sobre a matéria decidida, conforme Enunciado nº 322, do FPPC⁸⁴⁴.

Nesse visio, a dimensão fático-probatória, relativa aos fatos essenciais a formação do precedente judicial vinculante, ao serem abarcadas como elementos subjacentes na cognominada questão predominantemente de direito, possuem um revestimento importante na sustentação do precedente, inclusive para fins de superação, pois, para ocorrência de tal evento jurídico, deve

ser comprovada – quando não for o caso de fato notório, independente de prova – a ocorrência de alteração social, política, econômica ou cultural substancial na sociedade, a alicerçar a superação do precedente firmado em IRDR, com a retirada de seus efeitos jurídicos de eficácia e incidência nas questões jurídicas repetitivas.

2.3. A EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL COMO ELEMENTO DE CONEXÃO NECESSÁRIA ENTRE O FATO, A PROVA E A QUESTÃO JURÍDICA ENVOLVIDA NA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL

Diante da relevância do conteúdo fático-probatório no precedente judicial, vê-se na motivação da decisão judicial o principal elo de ligação entre o fato, a prova e a questão jurídica objeto do precedente, vez que ambos exigem que a decisão seja motivada, desde a que resulta do entendimento de preponderância de uma prova sobre outra, quanto a que expressamente profere entendimento firmado (tese fixada) em um precedente de eficácia vinculante. É dizer, assim, que os artigos 371, 927 e 489, § 1º, do CPC, possuem, portanto, um compartilhamento ontológico da necessidade de apresentação de razões justificáveis na decisão, aproximando-os em um sistema integrado de justificação racional da compreensão intelectual empreendida no pronunciamento judicial.

⁸⁴⁴ BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Florianópolis, 2017. Disponível em: [https://institutodc.com.br/wp-](https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf)

[content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf](https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf).

O precedente judicial vinculante, notadamente o firmado em IRDR, necessita de motivação para demonstrar o seu aspecto de racionalidade, que lhe permitirá aplicar suas razões universalizáveis aos casos congêneres, no que necessita de uma boa reconstrução do fato-tipo comum aos casos repetitivos, carreando os elementos fáticos (e probatórios) essenciais para a tese jurídica fixada, a qual traduzirá questão predominantemente de direito, conciliando características de abstração (replicação de uma tese jurídica generalizante) e concretude (não abandono dos aspectos fáticos relevantes para melhor definição da tese jurídica), promovendo a melhor compreensão jurídica possível⁸⁴⁵.

O artigo 489, § 1º, do CPC, define hipóteses em que a decisão judicial não será considerada fundamentada. Em seu inciso I, trata da decisão que se limitar a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo sem a explicação de sua relação com a causa decidida. Já em seu inciso V, registra o caráter não motivado da decisão que limitar-se a invocar precedente sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aqueles fundamentos e, por fim, em seu inciso VI, destaca a ausência de motivação na decisão que deixar de seguir precedente invocado pela parte sem demonstrar a distinção existente ou a superação do entendimento.

Por tudo isso, vê-se que tanto a decisão de formulação da tese jurídica do IRDR, quanto a decisão de aplicação ou distinção do precedente no caso concreto e da superação do precedente devem ser motivadas. Em mesmo sentido deontológico do processo civil moderno, as decisões referentes à valoração probatória, ou seja, a escolha de certas provas em detrimento de outras, para concluir pela existência de determinada situação fática, também deve ser motivada pela autoridade judicante.

Em vista disso, jungida à compreensão doutrinária de que os fatos (e, conseqüentemente, as provas) incorporam elementos subjacentes na questão jurídica repetitiva a ser definida pelo precedente vinculante do IRDR, compreende-se que suas decisões somente podem ser consideradas efetivamente motivadas após a definição dos fatos essenciais comuns, especialmente quanto a sua existência e modo de ser, com a utilização das provas de tais fatos, evitando-se criar precedente sobre caso condutor que não possui maturação fática suficiente para confirmar a relação jurídica repetitiva ou receber o entendimento firmado no precedente. Nesse ponto, é encontrada, portanto, a correlação entre prova, fato e o precedente do IRDR.

CONCLUSÃO

Como visto, o precedente judicial é, em síntese, pronunciamento judicial

⁸⁴⁵ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 93.

advindo de caso anterior a ser utilizado em caso posterior que comporte mesma conclusão judicante. Para tanto, é necessário que tal ligação entre os casos possua um fundo fático-probatório, graduado conforme a dimensão e o elastecimento que queira se conferir a decisão judicial a ser replicada.

O IRDR surge como espécie de precedente vinculante cujo escopo é produzir tese jurídica de amplo alcance, vez que compreendida como remédio jurídico a promover solução a casos massificados. Nessa feita, o legislador infraconstitucional, na elaboração do CPC, conferiu-lhe aspecto de precedente voltado a resolver questão de direito. Todavia, nesse afincio, atribuiu-lhe redação normativa incompatível ao sistema de precedentes judiciais, ao atribuir hipótese de incidência limitada as “questões unicamente de direito”, o que, à luz da essência do sistema de precedentes judiciais, não subsiste como correto, vez que demanda, em todo caso, a inserção de elementos fáticos, mesmo que mínimos, para a aplicação correta do direito ao caso.

A aplicação correta dos precedentes, com a análise dos fatos essenciais a compreensão da causa, é medida que coaduna com os princípios da segurança jurídica, igualdade e coerência sistêmica, especialmente relevantes para conferir racionalidade e correção ao processo.

No caso do IRDR, o aspecto fático revela sua importância quando da descrição de existência e o modo de ser da relação jurídica na qual está envolta a questão de direito material repetitiva.

Os fatos servem como importante elemento de delimitação e racionalização do precedente judicial, definindo o seu âmbito correto de incidência e impedindo a formulação de teses excessivamente abstratas, que levem a má aplicação do precedente, especialmente ao seu uso indiscriminado, em casos cujos contornos fáticos não recomendariam a replicação da tese.

Outrossim, percebe-se a relevância da prova como instrumento de confirmação dos fatos aportados no processo, servindo como elemento de ligação entre o direito material abstrato e os fatos concretos da demanda, sendo fundamental na atividade de aplicação do direito, a qual ocorre em toda formulação de precedente judicial.

As provas comprovam a existência e o modo de ser da relação jurídica, conferindo verossimilhança ao fato-tipo selecionado do caso paradigma e projetado aos demais casos repetitivos, de modo a conferir segurança quanto ao âmbito de incidência do precedente, estabelecendo o grau mínimo exigido para a comprovação da relação jurídica em que paira a questão repetitiva, externando aos jurisdicionados que o caso paradigma utilizado para a fixação do precedente vinculante de fato possuía o conteúdo repetitivo alegado para servir aos auspícios judiciais de extração de norma geral replicável.

Nesse visio, o precedente passa, necessariamente, por um processo de justificação racional, a partir de uma convicção motivada do julgador, assim como a decisão de valoração probatória dos fatos, tomada pela lógica do livre

convencimento motivado, de modo que a decisão do precedente vinculante somente pode ser considerada motivada ao justificar também os fatos tomados como essenciais comprovados ao longo do processo, e os seus elementos de prova relevantes, os quais devem integrar os fundamentos determinantes da tese fixada.

O precedente, por sua lógica de construção a partir da aplicação do melhor entendimento normativo ao caso, gera norma judicante de efeitos concretos que não deve advir de uma construção normativa completamente abstraída dos fatos, a fim de se evitar uma inovação deletéria no campo jurídico, figurada em uma espécie de positivação da atividade judicante.

Desse modo, conduz-se ao entendimento de que a chamada questão unicamente de direito, definida no artigo 976, I, do CPC, deve ser compreendida *cum grano salis*, a ser considerada, em real plano, como questão predominantemente de direito, incluindo os fatos essenciais incontroversos, referentes a existência e o modo de ser da relação jurídica repetitiva, e as provas relevantes hábeis a corroborar tais fatos, nos fundamentos determinantes da decisão, conferindo racionalidade e delimitação ao precedente.

É de se destacar que, apesar do reconhecido esforço doutrinário na construção de um entendimento mitigado e amadurecido da expressão “questão unicamente de direito”, atribuindo permissivo a inclusão do elemento fático subjacente, ainda há de se apontar um protagonismo legislativo na formalização conceitual dos

conteúdos normativos, dado ser a lei vetor nuclear de informação jurídica e consulta dos jurisdicionados e intérpretes do direito, razão pela qual ainda persiste do dano decorrente de tal expressão empregada ao IRDR.

Nessa senda, como proposta de *lege lata*, observa-se a necessidade de se reforçar, no âmbito da atividade jurídica cotidiana dos operadores do direito, o comando de interpretação do termo questão unicamente de direito, no IRDR, como, em real plano jurídico, em questão predominantemente de direito, abarcando o composto fático-probatório na fundamentação de suas decisões, tanto de elaboração da tese jurídica, pelos tribunais regionais, quanto de aplicação, distinção e superação desta, pelo próprio tribunal e julgadores a ele vinculados. Já como proposta de *lege ferenda*, defende-se a edição do Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) para alteração do termo questão unicamente de direito para questão predominantemente de direito, como regente da hipótese de incidência do IRDR, de forma a contemplar, pelo texto da lei, a conformação do aspecto de direito com o aspecto fático-probatório das demandas repetitivas, de forma a traduzir uma aplicação otimizada do IRDR, conferindo maior racionalidade e delimitação a sua tese jurídica vinculante.

Desse modo, será possível conferir ao IRDR tratamento normativo adequado, compatibilizando a hipótese de incidência prevista em lei com o tratamento doutrinário conferido ao incidente, passando a ser racionalizado pelo entendimento normativo expresso como hábil a promover solução jurídica

aos processos que contenham controvérsia sobre questão predominantemente de direito, atribuindo relevância cognitiva aos fatos e as provas relevantes a tese jurídica, otimizando o sistema jurídico-processual, objetivo derradeiro que se busca sempre alcançar.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, José Henrique Mouta; LEMOS, Vinicius Silva. *Procedimento comum no processo de conhecimento*. São Paulo: JusPodivm, 2021.
- AUILO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*. São Paulo: JusPodivm, 2021.
- BRASIL. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2023.
- _____. Lei 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Seção 1, 17 de março de 2015.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs); DIDIER JR, Fredie (Coord). *Grandes temas do novo CPC: Volume 3 - Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Coleção Raciocínio Probatório – Prova sem convicção: standards de prova e devido processo*. Traduzido por Vitor de Paula Ramos, 2. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023a.
- _____. *Coleção Raciocínio Probatório – Valoração racional da prova*. Traduzido por Vitor de Paula Ramos, 3. ed., rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023b.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 926 do CPC/2015. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Julgamento de casos repetitivos: critérios de seleção dos casos paradigmáticos e formação de precedentes*. São Paulo: JusPodivm, 2021.
- MITIDIERO, Daniel. “Precedentes: da persuasão à vinculação”. São Paulo: RT, 2016.

- MOLINA, André Araújo. A Importância dos Fatos para a Compreensão dos Precedentes. In: PRITSCH, Cesar Zucatti; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; HIGA, Flávio da Costa; MARANHÃO, Ney. *Precedentes no Processo do Trabalho: teoria geral e aspectos controvertidos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil: Revista dos Tribunais, 2020.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. Único. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *Os precedentes judiciais e a razoável duração do processo: uma análise a partir da teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- _____. “Precedentes Judiciais e Acesso à Justiça: argumentos favoráveis à sua utilização”. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, Florianópolis, v.6, n.2, p. 18-35, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/cessoajustica/article/view/6928>. Acesso em: 15 de setembro de 2023.
- PEREIRA, Rafael Caselli. *A influência dos fatos na formação dos precedentes: a incontrovérsia e os fatos que independem de prova como hipótese de superação da Súmula 07-STJ*. Londrina: Thoth, 2022. E-Book.
- RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no Processo Civil: Do ônus ao dever de provar*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SCHAUER, Frederick. Precedente. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs); DIDIER JR, Fredie (Coord). *Grandes temas do novo CPC: Volume 3 - Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- SILVA, Arthur Laércio Homci da Costa. *Precedentes e integridade: os desafios para a garantia do acesso à justiça a partir da atuação do STF*. Londrina, PR: Thoth, 2023.
- TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 199, set. 2011.
- TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

ADMINISTRATIVE LEGAL GUARANTEES AND STANDARDS ARISING FROM THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN THE FIELD OF CIVIL SERVICE ^{846 847}

GARANTIAS E NORMAS JURÍDICAS ADMINISTRATIVAS DECORRENTES DO DIREITO AO RESPEITO PELA VIDA PRIVADA E DO DIREITO A UM PROCESSO JUSTO NO DOMÍNIO DA FUNÇÃO PÚBLICA

Yevhen Leheza

Professor, Doctor of Science in law, Professor at the Department of public and private Law, University of Customs and Finance, Ukraine. Email: yevhenleheza@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9134-8499>.

RESUMO: O objetivo deste estudo é determinar os principais padrões e salvaguardas substanciais e processuais decorrentes do direito ao respeito à vida privada e do direito a um julgamento justo consagrados na Convenção sobre a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 1950 que são aplicáveis com relação a questões de normas de direito administrativo regidas pelo serviço público. Para isso, o método de análise e pesquisa sistemática de regras legais deve ser usado, bem como generalização e síntese de requisitos para conformidade do direito do serviço público com os direitos e liberdades fundamentais dos servidores públicos acima mencionados, conforme interpretados na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O artigo mostra trechos de decisões precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos indicando o escopo de aplicabilidade e justificativa da

interferência no direito ao respeito à vida privada em relações de serviço público, bem como peculiaridades da determinação do escopo da jurisdição do assunto dos tribunais nacionais e do controle de recursos legais em casos relacionados ao emprego envolvendo servidores públicos de acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que diz respeito ao direito a um julgamento justo.

PALAVRAS-CHAVE: norma de direito administrativo, função pública, direito da função pública, norma jurídica, jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

ABSTRACT: The purpose of this study is to determine the key substantial and procedural standards and safeguards stemming from the right to respect for private life and the right to a fair trial enshrined the Convention on the Protection of Human Rights and

⁸⁴⁶ Artigo recebido em 10/05/2025 e aprovado em 15/06/2025.

⁸⁴⁷ I do not have any funding from organizations. I currently receive a scholarship from the Cabinet of Ministers of Ukraine for young scientists.

Fundamental Freedoms of 1950 that are applicable with respect to matters of civil service governed norms of administrative law. For this, the method of analysis and systematic research of legal rules should be used, as well as generalization and synthesis of requirements for conformity of civil service law with the afore-mentioned rights and fundamental freedoms of civil servants as they are interpreted in the case-law of the European Court of Human Rights. The article shows excerpts from precedent decisions of the European Court of Human Rights indicating scope of applicability and justification of interference with the right to respect for private life in civil service relationships, as well as peculiarities of determination of scope of subject-matter jurisdiction of domestic courts and of legal remedies control in employment-related cases involving civil servants according to the case-law of the European Court of Human Rights that concerns the right to a fair trial.

KEYWORDS: norm of administrative law, civil service, civil service law, legal rule, case-law of the European Court of Human Rights.

INTRODUCTION

It is a commonly held perception that the only difference between civil servants and private sector employees is their peculiar tasks, related to ensuring the proper performance of state functions and granting civil servants in this connection a certain amount of official power. Serving this high purpose, a member of the public service remains

an employee expecting the full observance of his rights and fundamental freedoms, related, in particular, to an adequate remuneration, stability of employment and self-realization with reliance on indefinite appointment and guarantees of progressive advancement in the service based on the achievement of professional development indicators, as well as related to opportunity to combine official duties with private life with reasonable and inevitable restrictions accompanying the status of a civil servant. At the same time, civil servants, primarily in managerial positions, face hidden risks and vulnerabilities inherent in the civil service, resulting from its high degree of sensitivity to changes in state policy (especially in its economic and ideological components), as well as from a higher level of susceptibility to abuse connected with management of public resources and the resolution of power management issues with significant personal and financial consequences for society. In order to increase the resilience of civil servants against manifestly ill-founded or disproportionate measures that negatively affect their personal and official situation, the European Court of Human Rights (ECHR) gradually develops its conclusions on ensuring the rights and fundamental freedoms of civil servants. However, even the key part of its case law on these issues is excessively fragmented and not sufficiently researched and systematized in scientific sources to be a convenient guide for decision-makers. Thus, the purpose of this study is to

determine the key substantial and procedural standards and safeguards stemming from the right to respect for private life and the right to a fair trial enshrined the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the Convention) of 1950 that are applicable with respect to matters of civil service governed norms of administrative law.

The method of analysis and systematic research of legal rules should be used, as well as generalization and synthesis of requirements for conformity of civil service law with the aforementioned rights and fundamental freedoms of civil servants as they are interpreted in the case-law of the ECHR. The article will highlight excerpts from precedent decisions of the ECHR indicating scope of applicability and justification of interference with the right to respect for private life in civil service relationships, as well as peculiarities of determination of scope of subject-matter jurisdiction of domestic courts and of legal remedies control in employment-related cases involving civil servants according to the case-law of the ECHR that concerns the right to a fair trial.

1. RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE IN CIVIL SERVICE RELATIONSHIPS: SCOPE OF APPLICABILITY AND JUSTIFICATION OF INTERFERENCE

The evolutionary and dynamic interpretation of rights and fundamental freedoms by the ECHR at the modern stage has led to the expansion of the scope of their application with respect to civil servants, despite the fact that from some points of view members of the public service and governments could be perceived as a part and a whole, and it is generally acknowledged that civil service is the cornerstone of a "democracy capable of defending itself" and, in light of that, nothing precludes the possibility of imposing a certain duty of discretion or restraint on public officials. In particular, at the moment it is a widely accepted opinion that civil service in relations with the state as an employer, like any other labor activity, is a continuation of the private life of a civil servant and is subject to protection under the provisions of the Convention. The article of the Convention enshrining the right to respect for private and family life reads as follows:

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others⁸⁴⁸.

⁸⁴⁸ COUNCIL OF EUROPE. 1950. CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS. 1950. Rome. In:

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG

Reciting its well-established standing on the issue of certain matters of professional life to fall within the notion of the private life in the *Fernández Martínez* case the ECHR stated that the private life encompasses the right for an individual to form and develop relationships with other human beings, including relationships of a professional or business nature. It is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant opportunity to develop relationships with the outside world. In other words, professional life is part of the zone of interaction between a person and others which, even in a public context, may, under certain circumstances, fall within the scope of “private life”. Moreover, Article 8 deals with the issues of protection of honour and reputation as part of the right to respect for private life⁸⁴⁹.

Being guided by these considerations, as analysis of the respective factsheet by Press Unit of the European Court of Human Rights indicates, within the employment-related scenarios involving Article 8 the ECHR has dealt with different types of cases centering on discharge from military service, dismissal from judicial office, removal from administrative functions in the judiciary, transfers between posts in the public service and

restrictions on access to a profession in the private sector⁸⁵⁰. In the assessment of whether or not an impugned measure within an employment-related dispute between a civil servant and their employer constitutes a private-life issue under Article 8 of the Convention and amounts to an interference with the right to respect for private life, the ECHR determines the nature and degree of seriousness of impact of the impugned measure on applicant’s private life in its broad perception⁸⁵¹.

Revealing a conceptual paradigm for these assessments, in its *Polyakh and Others* judgment the ECHR set out two different approaches to application of concept of “private life”:

— reason-based approach – reasons for imposing a measure affecting an individual’s professional life were linked to the individual’s private life;

— consequence-based approach – the dismissal, demotion, non-admission to a profession or other similarly unfavourable impugned measures has or may have very serious and concrete repercussions on the individual’s private life, including:

— impact on the individual’s inner circle (worsening of the material well-being of the applicant and his family etc.), in particular where there are serious material consequences;

— the individual’s

⁸⁴⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 12 JUNE 2014. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ V. SPAIN. APPLICATION NO. 56030/07. In: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-145068>.

⁸⁵⁰ PRESS UNIT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2023. Work-related rights. In: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_work_eng.

⁸⁵¹ LEHEZA, Yevhen. YEROFIEIENKO, Larysa. KOMASHKO, Volodymyr. ‘Peculiarities of Legal Regulation of Intellectual Property Protection in Ukraine under Martial Law: Administrative and Civil Aspects’. *Revista Justiça Do Direito* 37, no. 3. 2023. 157–72. <https://doi.org/10.5335/rjd.v37i3.15233>.

opportunities to establish and develop relationships with others;

— the impact on the individual's social and professional reputation⁸⁵².

For instance, as regards reason-based approach, in the case of *Sodan v. Turkey* the ECHR discovered that the decision to transfer the applicant from his senior post within the governor's office in the capital to an equivalent post in a city which was less important in administrative terms following a report on his conduct pointing out that his wife wore an Islamic veil and that he himself had an introverted personality had been motivated by factors specific to his private life (European Court of Human Rights: 2-02-2016).

Referring to examples of application of consequence-based approach, we should note that in the judgment in the case of *Oleksandr Volkov v. Ukraine* the ECHR held that the dismissal of the applicant from the post of judge affected a wide range of his relationships with other persons, including relationships of a professional nature. Likewise, it had an impact on his "inner circle" as the loss of his job must have had tangible consequences for the material well-being of the applicant and his family. Moreover, the reason for the applicant's dismissal, namely breach of the judicial oath, directly concerned his personal integrity and professional

competence⁸⁵³. Likewise, in the case of *Ovcharenko and Kolos* the applicants' dismissal for "breach of oath" did indeed have a serious impact on their inner circle, given the ensuing pecuniary losses, and on their reputation, given that the grounds for the dismissal – "breach of oath" – directly concerned their personal integrity and professional competence. The ECHR was of the view that the impugned measure affected the applicants' private life to a very significant degree, therefore falling within the scope of Article 8⁸⁵⁴. On the contrary, in its *Denisov* judgment the ECHR found that the explicit reasons for the applicant's dismissal had been strictly limited to his performance in the public arena, namely his alleged managerial failings, which were said to have undermined the proper functioning of the court. Those reasons related only to the applicant's administrative tasks in the workplace and had had no connection to his private life. Therefore, there were no private-life issues in the reasons given for his dismissal which necessitated to determine whether, according to the evidence and the substantiated allegations put forward by the applicant, the measure had had serious negative consequences for the aspects constituting his "private life". In this regard the ECHR noted that: (1) applicant had not provided any evidence to suggest that the reduction in

⁸⁵² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. KULA V. TURKEY. 19 JUNE 2018. Application no. 20233/06. In: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184289>.

⁸⁵³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 9 JANUARY 2013. OLEKSANDR VOLKOV V.

UKRAINE. Application no. 21722/11. In: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-115871>.

⁸⁵⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 12 JANUARY 2023. OVCHARENKO AND KOLOS V. UKRAINE. Applications nos. 27276/15 and 33692/15. In: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-222138>.

his monthly remuneration had seriously affected the “inner circle” of his private life; (2) dismissal from the position of president had not resulted in his removal from his profession as he had continued to work as an ordinary judge and his opportunities to establish and maintain relationships were not affected substantially; (3) dismissal had been based on the findings of breaches of official duties in the administration of justice, there had been no accusation of intentional misconduct or criminal behaviour. The applicant’s moral values had not been called into question and no reproaches of that nature could be identified in the impugned decisions. Having considered these circumstances, the ECHR concluded that the dismissal had limited negative effects on the applicant’s private life and did not cross the threshold of seriousness for an issue to be raised under Article 8 of the Convention⁸⁵⁵.

In light of the foregoing, one could stress that an employment-related dispute between a civil servant and respective government agency constitutes a private-life issue under Article 8 of the Convention and the respective impugned measure amounts to an interference with the right to

respect for private life on condition that the reasons for imposing a measure affecting a career of civil servant stem from their private life or the impugned measure had or may have very serious and concrete repercussions on private life of civil servant, including impact on inner circle, opportunities to establish and develop relationships with others and social and professional reputation of respective individual⁸⁵⁶. Otherwise, if the reasons for the unfavourable measure taken with respect to a civil servant related only to his or her administrative tasks in the workplace and had no connection to his private life, as well as no serious material consequences for a career and professional life of a civil servant (consequences for the material well-being of civil servant and his family were insignificant, removal from profession did not take place, opportunities to establish and maintain relationships were not affected substantially etc.), no issue could be raised under Article 8 of the Convention⁸⁵⁷.

Proceeding with the research, it is to be noted that it is common knowledge that in the determination of whether or not an interference with the right to respect for private life was justified, the

⁸⁵⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 25 SEPTEMBER 2018. DENISOV V. UKRAINE. Application no. 76639/11. In: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-186216>.

⁸⁵⁶ KORNIIENKO, Maksym, DESYATNIK, Anatolii DIDKIVSKA, Galina LEHEZA, Yevhen and TITARENKO Oleksiy. ‘Peculiarities of Investigating Criminal Offenses Related to Illegal Turnover of Narcotic Drugs, Psychotropic Substances, Their Analogues or Precursors: Criminal Law Aspect’. *Khazanah Hukum* 5, no. 3.

2023. 205–15. <https://doi.org/10.15575/kh.v5i3.31742>.

⁸⁵⁷ LEHEZA, Yevhen Oleksandrovysh. FILATOV, Viktor. VARAVA, Volodymyr, HALUNKO, Vira. KARTSYHIN Dmytro. ‘Scientific and Practical Analysis of Administrative Jurisdiction in the Light of Adoption of the New Code of Administrative Procedure of Ukraine’. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* 22, no. 5. 2019. 1–8. <https://dspace.oduvs.edu.ua/items/8756f8b6-59a2-4d6b-920c-b68d55efae0e>.

ECHR assesses whether the impugned measure was consistent with the requirements of Article 8 paragraph 2, namely:

- in accordance with the law – provisions of domestic law serving as a basis for an interference are: (1) sufficiently foreseeable in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which the authorities are entitled to resort to measures affecting their rights; (2) accompanied by specific procedural safeguards to provide legal protection against arbitrary interference;
- in pursuit of a legitimate aim – a limitation of the right or fundamental freedom pursues an aim that can be linked to one of those listed in Article 8 § 2 of Convention (national security, public safety or the economic wellbeing of the country, prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others);
- necessary in a democratic society – an impugned measure answers a pressing social need and, in particular, if it is proportionate to the legitimate aim pursued (premises on relevant and sufficient reasons making it not manifestly without reasonable foundation, bearing in mind leeway given to national government to introduce general measures of economic or social strategy)⁸⁵⁸.

Illustrating these standards and safeguards with opinions of the ECHR

concerning application of these provisions for assessment of unfavourable measures imposed on civil servants constituting an interference in their private life within the meaning of Article 8 of Convention, first of all, due attention is to be paid to circumstances, under which it was concluded that impugned measure was not in **accordance with the law**.

The most indicative in this context is the reasoning of the ECHR regarding what conditions the legal basis for dismissing a civil servant for breach of oath must meet in order to conform to the substantive and procedural aspects making it possible for this measure to be in accordance with the law.

In the judgment in the case of *Oleksandr Volkov v. Ukraine* the ECHR recognized that in the context of disciplinary law, there should be a reasonable approach in assessing statutory precision, as it is a matter of objective necessity that the actus reus of such offences should be worded in general language. It follows that a description of an offence in a statute, based on a list of specific behaviours but aimed at general and uncountable application, does not provide a guarantee for addressing properly the matter of the foreseeability of the law. The other factors affecting the quality of legal regulation and the adequacy of the legal protection against arbitrariness should be identified and examined. Among these factors of particular

⁸⁵⁸ VOLOBUIEVA, Olena, LEHEZA, Yevhen. PERVII, Vita. PLOKHUTA, Yevhenii. PICHKO, Roman. Criminal and Administrative Legal Characteristics of Offenses in the Field of

Countering Drug Trafficking: Insights from Ukraine. *Yustisia Jurnal Hukum* 12, no.3. 2023. 262–77.

<https://doi.org/10.20961/yustisia.v12i3.79443>

importance according to the ECHR is existence of specific and consistent interpretational practice concerning the legal provision in issue to constitute a factor leading to the conclusion that the provision was foreseeable as to its effects. Nevertheless, circumstances of the *Oleksandr Volkov* case indicated that absence of any guidelines and practice establishing a consistent and restrictive interpretation of the offence of “breach of oath” and the lack of appropriate legal safeguards resulted in the relevant provisions of domestic law being unforeseeable as to their effects. Against this background, it could well be assumed that almost any misbehaviour by a judge occurring at any time during his or her career could be interpreted, if desired by a disciplinary body, as a sufficient factual basis for a disciplinary charge of “breach of oath” and lead to his or her removal from office. Moreover, domestic law did not set out an appropriate scale of sanctions for disciplinary offences and did not develop rules ensuring their application in accordance with the principle of proportionality⁸⁵⁹.

As regards the requirement for competent authorities to subordinate measures of influence on the career of a civil servant with an interference in his private life with a private-life connotation to pursuit of a legitimate aim set forth in the Convention, the case of *Erményi v. Hungary* is of particular interest⁸⁶⁰.

The case concerned the termination of the applicant’s mandate as Vice-President of the Supreme Court within the full-scale reorganisation of the justice system, which had allegedly rendered the impugned measure inevitable. However, the Hungarian government did not demonstrate any link between the dismissal and the legitimate aims, since changes in the competences of the supreme judicial body did not appear to be of such a fundamental nature that they could or should have prompted the premature termination of its President’s mandate.

Describing the provision Article 8 of the Convention, according to which, in the context of this research, to be regarded as **necessary in a democratic society**” detriments imposed on the civil servant should meet the strict requirement of a “pressing social need” and be proportionate to the legitimate aim pursued, one could refer to the case of *Xhoxhaj*, in which it was stated that dismissal from office is a grave – if not the most serious – disciplinary sanction that can be imposed on an individual. The imposition of such a measure, which negatively affects an individual’s private life, requires the consideration of solid evidence relating to the individual’s ethics, integrity and professional competence. These requirements were satisfied in this case as the ECHR asserted that applicant’s dismissal from judicial office entailed a lifetime ban on

⁸⁵⁹ LEHEZA, Yevhen. PISOTSKA, Karina. DUBENKO, Oleksandr. DAKHNO, Oleksandr. SOTSKYI, Artur. The Essence of the Principles of Ukrainian Law in Modern Jurisprudence. *Revista Jurídica Portucalense*, December, 2022. 342-

363. DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(32\)2022.ic-15](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(32)2022.ic-15)

⁸⁶⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 22 NOVEMBER 2016. *ERMÉNYI V. HUNGARY*. APPLICATION NO. 22254/14. In: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-168782>.

re-entering the justice system was justified by serious ethical violations – by a serious failure on the part of the applicant to disclose the origin of money in her foreign bank accounts, there having been no evidence of any bank transfers, and her partner's failure to disclose in due time a large amount of cash, in breach of the statutory provisions⁸⁶¹. Likewise, in its *Adomaitis v. Lithuania* judgment the ECHR found that the use of the materials obtained during the criminal intelligence investigation in the disciplinary proceedings against the applicant as a director of a prison was not a disproportionate interference with the right to privacy, given the fact that it restricted to acts of a corrupt nature and the reliability of the collected information and proportionality of their use could be contested⁸⁶².

Having regard to the above considerations, it could be concluded that imposition of sanctions or other unfavourable measures interfering with right to respect for private life of civil servants could be justified provided that applicable domestic law satisfies the requirements of foreseeability through statutory precision and specific and consistent interpretational practice, as well as through provision of appropriate protection against arbitrariness. On

those grounds, the retention in disciplinary provisions of the offence of “breach of oath”, giving rise to removal of civil servant from office and other ramifications of exceptional severity, is debatable owing to the fact that by its nature “breach of oath” could encompass any misbehaviour by a civil servant, unless there are rigid rules of its interpretation. Moreover, to be deemed lawful the infringement upon the right to respect for private life of civil servants the impugned dismissal, demotion, adverse transfer and other unfavourable measure must pursue one or several legitimate aims that Article 8 of the Convention enumerates. In addition, employment-related and amounting to an interference with the right to respect for private life detriments imposed on the civil servant should meet the strict requirement of a “pressing social need” and be proportionate to the legitimate aim pursued⁸⁶³.

2. THE RIGHT TO A FAIR TRIAL AND THE LIMITS OF JUDICIAL CONTROL IN EMPLOYMENT-RELATED CASES INVOLVING CIVIL SERVANTS

Protection of civil servants from ill-founded and disproportionate interference is also ensured by

⁸⁶¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 9 FEBRUARY 2021. *XHOXHAJ V. ALBANIA*. APPLICATION NO. 15227/19. In: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-208053>.

⁸⁶² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 18 JANUARY 2022. *ADOMAITIS V. LITHUANIA*. APPLICATION NO. 14833/18. In: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-215168>.

⁸⁶³ LEHEZA, Yevhen, SHCHERBYNA, Bogdan. LEHEZA, Yulia. PUSHKINA, Olena. MARCHENKO.

Olesia. ‘Features of Applying the Right to Suspension or Complete/ Partial Refusal to Fulfill a Duty in Case of Non-Fulfilment of the Counter Duty by the Other Party According to the Civil Legislation of Ukraine’. *Revista Jurídica Portucalense*, no. Sp. 2023. 340–58. [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(ne\)2023.ic-17](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(ne)2023.ic-17).

guaranteeing their right to a judicial review of the adverse decision concerning critical aspects of their service according to the principles and requirements of civil limb of Article 6 § 1 of the Convention, which reads as follows:

1. In the determination of his civil rights and obligations ... everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice⁸⁶⁴.

According to developments in the case-law of the ECHR, represented in the judgment in the case of *Denisov v. Ukraine* the “civil” limb has been substantially extended in relation to public-employment disputes in view of non-discrimination considerations in relation to civil servants as compared to private employees. The ECHR is of opinion that public-law dispute may bring the civil limb into play if the private-law aspects predominate over the public-law ones in view of the direct consequences for a civil pecuniary or non-pecuniary right. Such direct consequences for civil rights exist in

“ordinary labour disputes” involving members of the public service, including judges. Ordinary labour dispute affects (1) the scope of the work which the applicant was required to perform as an employee and (2) his remuneration as part of his employment relationship. Thus, Article 6 has been applied to employment disputes involving, for instance, judges who were dismissed or suspended from judicial office, civil servants who were transferred to another office or post against their will, resulting in a decrease in salary.

Bearing in mind well-established notion that principles and standards of fair trial are applicable to public-employment disputes over the scope of professional duties of members of the public service, their remuneration and other private-law aspects of working conditions, it is to be noted that among these principles and standards of particular interest is institutional requirement of empowering courts with full jurisdiction over the matters in dispute.

As indicated in *Ramos Nunes de Carvalho e Sá* in its case-law the ECHR stressed on the autonomous definition of the requirement of “full jurisdiction”. First, the court must have jurisdiction to consider all questions of fact and law relevant to the dispute before it. Second, such a “full jurisdiction” implies that the court has exercised sufficient

⁸⁶⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 21 JULY 2011. Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus.

Applications nos. 32181/04 and 35122/05. In: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105766>.

jurisdiction or provided sufficient review in the proceedings before it⁸⁶⁵.

However, in its *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus* judgment the ECHR reiterated that it recognizes that in the legal systems of the various member States, there are some specialised areas of the law (for instance, in the sphere of town and country planning) where the courts have limited jurisdiction as to the facts. Particular emphasis on the respect which must be accorded to decisions taken by the administrative authorities on grounds of expediency and which often involve specialised areas of law⁸⁶⁶.

Nevertheless, in the case of *Bryan v. the United Kingdom* the ECHR emphasized that even if the impugned administrative decision resulted from the exercise of administrative discretion in a specialised area of law, the court must have the power to assess, whether the decision conforms to classic grounds of unlawfulness under English law (going to such issues as fairness, procedural propriety, independence and impartiality) as well as whether it been made by reference to irrelevant factors or without regard to relevant factors; or if the evidence relied on by the decision-maker was not capable of supporting a finding of fact; or if the decision was based on an inference from facts which

was perverse or irrational in the sense that no competent decision-maker properly directing himself would have drawn such an inference. Furthermore, if a ground of appeal is upheld, the reviewing court must have the power to quash the impugned decision, and either take a fresh decision or remit the case to the same body or a different body.

Moreover, the ECHR is of the view that administrative decision had to be appropriate to the subject-matter of the dispute. Therefore, in the case of *Ramos Nunes de Carvalho e Sá* the ECHR distinguished disputes stemming from an exercise of administrative discretion from disciplinary disputes, since a disciplinary penalty differs from that of an administrative decision that does not entail such a punitive element. The accusations against the applicant were liable to result in her removal from office or suspension from duty, that is to say, in very serious penalties which carried a significant degree of stigma⁸⁶⁷.

Therefore, the judicial review carried out must be appropriate to the subject-matter of the dispute (European Court of Human Rights: 6-11-2018). For instance, in the judgment in the case of *Kula v. Türkiye* the ECHR disapproved that fact that the administrative court confined itself to ascertaining the facts concerning the applicant's disciplinary

⁸⁶⁵ VOLOBUIEVA, Olena, LEHEZA, Yevhen. PERVII, Vita. PLOKHUTA, Yevhenii. PICHKO, Roman. Criminal and Administrative Legal Characteristics of Offenses in the Field of Countering Drug Trafficking: Insights from Ukraine. *Yustisia Jurnal Hukum* 12, no.3. 2023. 262–77.
<https://doi.org/10.20961/yustisia.v12i3.79443>.

⁸⁶⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 21 JULY 2011. *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus*. Applications nos. 32181/04 and 35122/05. In: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105766>.

⁸⁶⁷ SAMIKSHA, Mehra. 'AI is set to reform justice delivery in India'. INDIAai. Blog Post, 6 April. 2021. Available at: <https://indiaai.gov.in/article/ai-is-set-to-reform-justice-delivery-in-india>

offence, not taking the trouble to examine the necessity of that sanction in the circumstances of the case in the light of specific rights of the applicant. Conversely, it was concluded that the domestic courts should have conducted a broader assessment going beyond a mere review of formal compliance with provisions of disciplinary regulations⁸⁶⁸.

FINAL CONSIDERATIONS

Imposition of sanctions or other unfavourable measures interfering with right to respect for private life of civil servants could be justified provided that applicable domestic law satisfies the requirements of foreseeability through statutory precision and specific and consistent interpretational practice, as well as through provision of appropriate protection against arbitrariness. On those grounds, the retention in disciplinary provisions of the offence of “breach of oath”, giving rise to removal of civil servant from office and other ramifications of exceptional severity, is debatable owing to the fact that by its nature “breach of oath” could encompass any misbehaviour by a civil servant, unless there are rigid rules of its interpretation. Moreover, to be deemed lawful the infringement upon the right to respect for private life of civil servants the impugned dismissal, demotion, adverse transfer and other unfavourable measure must pursue one or several legitimate aims that Article 8 of the Convention enumerates. In addition, employment-related and amounting to

an interference with the right to respect for private life detriments imposed on the civil servant should meet the strict requirement of a “pressing social need” and be proportionate to the legitimate aim pursued.

Whereas substantive protection against the most of detriments that could be imposed on civil servants is provided by affording them standards and safeguards following from Article 8 of the Convention, procedural fairness and remediation in cases involving members of the public service is achieved through fulfillment of principles and requirements of Article 6 of the Convention, which are applicable to public-employment disputes over the scope of professional duties of members of the public service, their remuneration and other private-law aspects of working conditions. Of particular importance is institutional requirement of empowering courts with full jurisdiction over these matters, including all questions of fact and law relevant to the dispute. If the impugned measure was taken within the domain of administrative discretion and involves grounds of expediency, specialised areas of law or issues of technical nature, the court should still assess it in terms of fairness, procedural propriety, independence and impartiality, being well-founded on all relevant factors and convincing evidence, not irrational and perverse to the extent that no competent decision-maker properly directing himself would have drawn such an inference. Moreover, if the issue in question is lawfulness of a

⁸⁶⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. KULA V. TURKEY. 19 JUNE 2018. Application no.

20233/06.

In:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184289>.

disciplinary penalty, the domestic court is to examine the proportionality of that sanction without any limitations relating to administrative discretion or other factors.

REFERENCES

- COUNCIL OF EUROPE. 1950. *CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS*. 1950. Rome. In: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 12 JANUARY 2023. OVCHARENKO AND KOLOS V. UKRAINE. Applications nos. 27276/15 and 33692/15. In: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-01-222138>.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 12 JUNE 2014. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ V. SPAIN. APPLICATION NO. 56030/07. In: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-145068>.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 18 JANUARY 2022. ADOMAITIS V. LITHUANIA. APPLICATION NO. 14833/18. In: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-215168>.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 21 JULY 2011. Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus. Applications nos. 32181/04 and 35122/05. In: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105766>.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 22 NOVEMBER 2016. ERMÉNYI V. HUNGARY. APPLICATION NO. 22254/14. In: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-168782>.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 25 SEPTEMBER 2018. DENISOV V. UKRAINE. Application no. 76639/11. In: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-186216>.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 9 FEBRUARY 2021. XHOXHAJ V. ALBANIA. APPLICATION NO. 15227/19. In: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-208053>.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 9 JANUARY 2013. OLEKSANDR VOLKOV V. UKRAINE. Application no. 21722/11. In: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-115871>.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. KULA V. TURKEY. 19 JUNE 2018. Application no. 20233/06. In: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184289>.
- LEHEZA, Yevhen. PISOTSKA, Karina. DUBENKO, Oleksandr. DAKHNO, Oleksandr. SOTSKYI, Artur. The Essence of the Principles of Ukrainian Law in Modern Jurisprudence. *Revista Jurídica Portucalense*, December, 2022. 342-363. DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(32\)2022.ic-15](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(32)2022.ic-15)
- PRESS UNIT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2023. *Work-related rights*. In: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_work_eng.

- KORNIENKO, Maksym, DESYATNIK, Anatolii DIDKIVSKA, Galina LEHEZA, Yevhen and TITARENKO Oleksiy. 'Peculiarities of Investigating Criminal Offenses Related to Illegal Turnover of Narcotic Drugs, Psychotropic Substances, Their Analogues or Precursors: Criminal Law Aspect'. *Khazanah Hukum* 5, no. 3. 2023. 205–15.
<https://doi.org/10.15575/kh.v5i3.31742>.
- LEHEZA, Yevhen. YEROFIEIENKO, Larysa. KOMASHKO, Volodymyr. 'Peculiarities of Legal Regulation of Intellectual Property Protection in Ukraine under Martial Law: Administrative and Civil Aspects'. *Revista Justiça Do Direito* 37, no. 3. 2023. 157–72.
<https://doi.org/10.5335/rjd.v37i3.15233>.
- LEHEZA, Yevhen Oleksandrovych. FILATOV, Viktor. VARAVA, Volodymyr, HALUNKO, Vira. KARTSYHIN Dmytro. 'Scientific and Practical Analysis of Administrative Jurisdiction in the Light of Adoption of the New Code of Administrative Procedure of Ukraine'. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* 22, no. 5. 2019. 1–8.
<https://dspace.oduvs.edu.ua/items/8756f8b6-59a2-4d6b-920c-b68d55efae0e>.
- LEHEZA, Yevhen, SHCHERBYNA, Bogdan. LEHEZA, Yulia. PUSHKINA, Olena. MARCHENKO. Olesia. 'Features of Applying the Right to Suspension or Complete/ Partial Refusal to Fulfill a Duty in Case of Non-Fulfilment of the Counter Duty by the Other Party According to the Civil Legislation of Ukraine'. *Revista Jurídica Portucalense*, no. Sp. 2023. 340–58.
[https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(ne\)2023.ic-17](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(ne)2023.ic-17).
- SAMIKSHA, Mehra. 'AI is set to reform justice delivery in India'. *INDIAai*. Blog Post, 6 April. 2021. Available at: <https://indiaai.gov.in/article/ai-is-set-to-reform-justice-delivery-in-india>
- VOLOBUIEVA, Olena, LEHEZA, Yevhen. PERVII, Vita. PLOKHUTA, Yevhenii. PICHKO, Roman. *Criminal and Administrative Legal Characteristics of Offenses in the Field of Countering Drug Trafficking: Insights from Ukraine*. *Yustisia Jurnal Hukum* 12, no.3. 2023. 262–77.
<https://doi.org/10.20961/yustisia.v12i3.79443>.