

Horácio Monteschio
José Miguel Garcia Medina
Thiago Ferreira Siqueira
Patricio Martínez Benavides
(Coordenadores)

**PROCESSO E
INSTRUMENTALIDADE II
EFETIVIDADE E
CONCRETIZAÇÃO
DE DIREITOS**



**PROCESSO E
INSTRUMENTALIDADE II
EFETIVIDADE E CONCRETIZAÇÃO
DE DIREITOS**

Horácio Monteschio
José Miguel García Medina
Thiago Ferreira Siqueira
Patricio Martínez Benavides
(Organizadores)

**PROCESSO E
INSTRUMENTALIDADE II
EFETIVIDADE E CONCRETIZAÇÃO
DE DIREITOS**



Belo Horizonte
2024

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz
André Cordeiro Leal
André Lipp Pinto Basto Lupi
Antônio Márcio da Cunha Guimarães
Antônio Rodrigues de Freitas Junior
Bernardo G. B. Nogueira
Carlos Augusto Canedo G. da Silva
Carlos Bruno Ferreira da Silva
Carlos Henrique Soares
Claudia Rosane Roesler
Clêmeron Merlin Clève
David França Ribeiro de Carvalho
Dhenis Cruz Madeira
Dirceô Torrecillas Ramos
Edson Ricardo Saleme
Eliane M. Octaviano Martins
Emerson Garcia
Felipe Chiarella de Souza Pinto
Florisbal de Souza Del'Olmo
Frederico Barbosa Gomes
Gilberto Bercovici
Gregório Assagra de Almeida
Gustavo Corgosinho
Gustavo Silveira Siqueira
Herta Rani Teles Santos
Jamile Bergamaschine Mata Diz
Janaína Rigo Santin
Jean Carlos Fernandes
Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
Jorge M. Lasmar
Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
José Luiz Quadros de Magalhães
Kiwonghi Bizawu
Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Luciano Stoller de Faria
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Luiz Manoel Gomes Júnior
Luiz Moreira
Márcio Luís de Oliveira
Maria de Fátima Freire Sá
Mário Lúcio Quintão Soares
Martonio Mon'Alverne Barreto Lima
Nelson Rosenvald
Renato Caram
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Rodolfo Viana Pereira
Rodrigo Almeida Magalhães
Rogério Filippetto de Oliveira
Rubens Beçak
Sergio André Rocha
Sidney Guerra
Vladmir Oliveira da Silveira
Wagner Menezes
William Eduardo Freire

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2024.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Produção Editorial e Capa: Cumbuca Studio
Revisão: Responsabilidade do autor
Conversão para Ebook: Cumbuca Studio

341.4 Processo e instrumentalidade II: efetividade e concretização de direitos / [Organizado por] Horário Monteschio... [et al.]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2024.
B732p 214 p.
2024

ISBN: 978-65-5929-521-0
ISBN: 978-65-5929-513-5 (E-book)
Vários autores.

1. Direito. 2. Direito processual. 3. Ação possessória multitudinária. 4. Normas processuais. 5. Direito de defesa. 6. Mediação. 7. Conciliação. 8. Acesso à justiça. 9. Chile – Processo penal. 10. Corte Suprema de Justiça – Chile. I. Monteschio, Horário (Org.). II. Medina, José Miguel Garcia (Org.). III. Siqueira, Thiago Ferreira (Org.). IV. Benavides, Patricio Martínez (Org.). V. Título.

CDDir – 341.4
CDD (23. ed.) – 342.08501

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 – Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2024

SUMÁRIO

Apresentação	VII
A Eficácia da Intervenção do Assistente no Código de Processo Civil de 2015 Filipe Ramos Oliveira	1
Algumas Reflexões Processuais sobre a Ação Possessória Multitudinária Prevista no Código de Processo Civil de 2015 Felippe Borring Rocha	39
Do Pedido Contraposto à Flexibilização Procedimental pela Reconvenção na Resposta do Réu nos Interditos Possessórios Eduardo Figueiredo Simões Gilberto Fachetti Silvestre	59
Revisitando as Fontes de Normas Processuais Carlos Frederico Bastos Pereira	79
Direito de Defesa e Objeto do Processo Thiago Ferreira Siqueira	105
Autocomposição Pré-Processual como Pressuposto da Ação Judicial Luiz Gustavo do Amaral	125
Repercussão Geral – Instrumento de Reafirmação da Excepcionalidade do Recurso Extraordinário Matheus Henrique de Freitas Urgniani	145

A Mediação e Conciliação nos Cartórios Extrajudiciais: Concretude do Acesso à Justiça Lucas Leonardi Priori.....	161
Breves Reflexiones a 30 Años De La Inclusión Constitucional Del Fuero En Lo Contencioso Administrativo Bonaerense Por Guillermo F. Rizzi.....	175
¿Es Tiempo De Revisar Las Funciones De La Audiencia Preparatoria Del Juicio Oral En El Proceso Penal Chileno? Hacia El Control Negativo De La Acusación Enrique Letelier Loyola.....	187
Análisis Sentencia De La Excma. Corte Suprema De Justicia De La República De Chile Rol N° 22.443-2022, De 24/06/22 Fernando A. Valderrama Martínez.....	201

APRESENTAÇÃO

Esta obra resulta da integração dos programas brasileiros de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da UNIPAR e da UFES, além de contar com a colaboração de pesquisadores do Chile. Sob a iniciativa do nosso curso como idealizador, a obra destaca a importância do fomento da CAPES, conforme estabelecido pela Portaria nº 155, de 10 de agosto de 2022.

A obra reúne um compêndio de temas centrais e contemporâneos do direito processual civil brasileiro, oferecendo análises aprofundadas e críticas sobre temas que vão da intervenção processual de terceiros às dinâmicas de fontes normativas e direitos processuais. Direcionada a estudantes e profissionais do direito, a obra é um recurso fundamental para aqueles que buscam compreender os desafios e inovações do direito processual no contexto do CPC de 2015. Cada capítulo foi elaborado por especialistas, contribuindo com abordagens teóricas e práticas.

O Capítulo 1, intitulado “A Eficácia da Intervenção do Assistente no CPC de 2015” e escrito por Filipe Ramos Oliveira, explora o papel da intervenção de terceiros como assistentes, com ênfase nas condições e efeitos estabelecidos pelo CPC de 2015. Oliveira discute a inserção e a eficácia do assistente no processo, refletindo sobre como a estabilidade decisória se aplica ao assistente e seus limites. A análise abrange a sujeição do assistente às decisões estáveis do processo, comparando essa sujeição à coisa julgada entre as partes principais e fornecendo uma visão crítica sobre o alcance desta intervenção.

Em seguida, Felipe Borring Rocha apresenta “Algumas Reflexões Processuais sobre a Ação Possessória Multitudinária”. Rocha examina a ação possessória multitudinária no CPC de 2015, abordando as peculiaridades em conflitos que envolvem grande número de partes vulneráveis. Ele detalha procedimentos como a citação por edital e a audiência de mediação, além da participação de órgãos públicos. O autor critica o uso do termo “litígio coletivo” e defende que

o litígio possessório multitudinário deve ser tratado como estrutural, visando uma aplicação mais justa e prática nos processos.

No terceiro Capítulo, intitulado “Do Pedido Contraposto à Flexibilização Procedimental pela Reconvencção na Resposta do Réu nos Interditos Possessórios”, Eduardo Figueiredo Simões e Gilberto Fachetti Silvestre discutem a resposta do réu nas ações possessórias, especialmente a reconvenção e o pedido contraposto, sob o CPC de 2015. Eles analisam a flexibilidade processual, a duplicidade de ações possessórias e a confusão conceitual sobre o pedido contraposto, reconvenção e ações dúplices. O estudo conclui que a reconvenção pode ser usada para expandir o objeto do processo, trazendo mais efetividade à resolução de litígios possessórios.

Em seguida, Carlos Frederico Bastos Pereira apresenta texto “Revisitando as Fontes de Normas Processuais”. Pereira revisita as fontes normativas processuais, abordando as teorias particularista e pluralista e discutindo a hierarquia entre diversas fontes normativas, como a Constituição, leis federais e jurisprudência. O autor propõe uma visão atualizada da teoria das fontes normativas processuais, defendendo a adaptação dessa teoria ao cenário moderno, onde múltiplos atores normativos influenciam o direito processual.

No Capítulo 5, escrito por Thiago Ferreira Siqueira sobre “Direito de Defesa e Objeto do Processo”, Siqueira analisa o papel do direito de defesa na definição do objeto do processo, investigando se a defesa do réu pode ampliar o mérito da causa. Ele explora se a resistência do réu às alegações do autor constitui uma ampliação do objeto litigioso ou se se limita a contestar as alegações iniciais. O autor examina também a aplicação do CPC de 2015 nas ações dúplices e as consequências de a defesa do réu ser ou não interpretada como uma demanda, abordando as implicações práticas dessa interpretação para o contraditório e a segurança jurídica.

No capítulo 6, Enrique Letelier Loyola apresenta seu trabalho sob o título “¿Es tempo de revisar las funciones de la audiencia preparatoria del juicio oral em el Proceso Penal Chleno? Hacia el control negativo de la acusación”, por meio do qual aborda a fase intermediária no modelo acusatório penal, investigando suas raízes históricas e sua implementação em sistemas jurídicos modernos. Explora como essa etapa evoluiu a partir de antigas práticas em Roma e na Grécia, ganhando destaque com as reformas penais da Revolução Francesa e a consolidação do sistema misto. O trabalho analisa sua função como controle da acusação, prevenindo juízos infundados e assegurando a racionalidade na persecução penal. Além disso, examina a aplicação dessa fase em diferentes sistemas, como o italiano, alemão, português, chileno e norte-americano, evidenciando suas particularidades e convergências, bem como o equilíbrio entre garantir direitos do acusado e promover eficiência processual no sistema de justiça penal.

Por fim, com o estudo sob o título “Análisis sentencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la República de Chile ROL N. 22.443-2022, DE 24/06/22, aborda julgamento que trata do uso de algemas em transportes de pessoa com diabetes e considerada hipervulnerável em sua saúde, com a verificação da proporcionalidade entre a segurança e a situação médica, de conformidade com as normas nacionais do Chile e internacionais.

Os textos que integram a obra refletem o esforço coletivo para enriquecer o debate acadêmico e prático do direito processual, contribuindo para a formação de uma visão robusta e atualizada sobre a prática jurídica no Brasil e no Chile.

Prof. Dr Horário Monteschio

- Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor em Direito pela FADISP, Mestre em Direito pela UNICESUMAR e Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

Prof. Dr. José Miguel Garcia Medina

- Pós-Doutor pela Universidad de Sevilla (Espanha), Doutor em Direito e Mestre em Direito pela PUC-SP e Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

Prof. Dr. Thiago Ferreira Siqueira

- Pós-Doutor em Direito pela UFES, Doutor em Direito pela USP, Mestre em Direito pela UFES e Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Prof. Patricio Martínez Benavides

- Doutorando em Direito pela PUC-Chile, Ministro de la Corte de Apelaciones de San Miguel-Chile e Professor do Departamento de Direito Processual da PUC-Chile

A EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO DO ASSISTENTE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015¹

Filipe Ramos Oliveira²

1. INTRODUÇÃO: A EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO DO ASSISTENTE E SUAS PECULIARIDADES

A assistência é uma forma de intervenção voluntária³ de terceiro em processo alheio, do qual passará a ser parte⁴, mesmo sem deduzir uma demanda própria⁵.

¹ Trabalho publicado originariamente em: *Revista eletrônica de direito processual*. Ano 18. Volume 25. Número 3. set./dez. 2024. p. 420-459.

² Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Doutorando em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo (USP), advogado. E-mail: filipero@gmail.com.

³ Voluntária porque a iniciativa de intervir é única e exclusivamente exercida pelo interveniente, no que se distingue das intervenções coatas, quando a iniciativa é de uma das partes do processo. Para essa classificação e sua aplicação à assistência: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 132-133. Na intervenção voluntária a vontade do interveniente se impõe à vontade das partes, enquanto na coata, dá-se o oposto. A referência, portanto, é a vontade do interveniente, sendo interessante perceber que, tomando-se por referência a vontade das partes, a qualificação seria perfeitamente oposta. Para essa perspectiva, que não costuma ser salientada, vide: LINO, Daniela Bermudes; OLIVEIRA, Filipe Ramos. Intervenção litisconsorcial voluntária: da intervenção litisconsorcial ao ingresso mediante cumulação ulterior de demandas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22. Rio de Janeiro, 2021, p. 242-244.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2021, p. 23-25.

⁵ Essa é uma particularidade da assistência em relação às demais formas tradicionais de intervenção de terceiros fundadas em interesses jurídicos (excluída, pois, a intervenção do *amicus curiae*) e que justifica a possibilidade de que se dê a qualquer tempo, sem atenção às regras de estabilização objetiva: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. II*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019, p. 446. Essa foi uma premissa adotada e desenvolvida no artigo publicado em coautoria com Daniela B. Lino: LINO, Daniela Bermudes; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Intervenção litisconsorcial voluntária*, p. 229-230. Perspectiva distinta é a de Lia Cintra, que, apoiada na doutrina italiana, vê na assistência a dedução de

É possível sempre que o terceiro for juridicamente interessado⁶ na vitória de uma das partes, de quem será assistente. Funciona, portanto, como uma ferramenta para que o assistente promova a vitória do assistido⁷ e, assim, mediatamente, promova seu próprio interesse.

Como a assistência garante uma forma de participação no processo, é perfeitamente legítimo que o assistente, em alguma medida, sujeite-se à estabilidade da decisão proferida em sua presença⁸.

O CPC/2015, de forma idêntica ao que dispunha o CPC/1973, determina, no caput do art. 123, que, “transitada em julgado a sentença no processo em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão”, exceto se configuradas as situações delimitadas em seus incisos, quando, então, não incide aquela vedação. Essa sujeição à “**justiça da decisão**” é a chamada eficácia da intervenção, ou, segundo se prefere, a **estabilidade decisória**⁹ a que se sujeita o assistente.

uma demanda pelo assistente: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 92 e ss. A autora não se aprofunda na configuração objetiva da demanda do assistente, limitando-se a explicar essa possibilidade como uma espécie de legitimidade extraordinária derivada, o que pressupõe que a demanda é deduzida na defesa da posição do assistido. Essa é uma tese que se acomoda bem quando o assistido é o autor, mas, não parece adequada ao sistema processual brasileiro quando o assistido é réu, já que, majoritariamente, nega-se o caráter de demanda à defesa feita sem dedução de reconvenção. Para este último ponto, vide, do autor deste artigo: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Cóisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Londrina-PR: Thoth, 2021, p. 167 e ss.

⁶ A identificação de quais interesses seriam suficientes a legitimar o ingresso como assistente sempre despertou intensa polêmica no Brasil e no exterior. Para um panorama a respeito, vide: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 60-66. O tema será aprofundado na medida em que seja necessário à compreensão da eficácia da decisão.

⁷ Por essa razão, é bastante precisa a ideia de que a assistência é uma forma de legitimidade extraordinária subordinada, já que surge apenas após a instauração do processo *inter alios*. Por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 60 e 63.

⁸ Seja qual for a espécie, a participação e, com ela, a possibilidade de exercer o contraditório, é condição para a sujeição legítima de qualquer pessoa à estabilidade decisória. O tema será aprofundado adiante, mas, sobre o ponto, tendo em conta a coisa julgada, vide: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. 2ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 77-90.

⁹ A categoria das estabilidades processuais engloba todas as situações em que um juízo tomado em processo judicial se impõe sobre decisões a serem proferidas no futuro, no mesmo ou em outros processos. Amplamente aceita, notadamente após a paradigmática tese de Antonio do Passo Cabral, a categoria abarca desde a proibição de reanálise de questões no interior do processo à coisa julgada: CABRAL, Antonio do Passo. *Cóisa julgada e preclusões dinâmicas: entre a continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 318 e ss. Sobre a utilidade da categoria e com uma interessante comparação de suas espécies, inclusive a eficácia da intervenção,

É a medida dessa sujeição que forma a disciplina da chamada eficácia da intervenção.

As peculiaridades da posição do assistente em relação ao objeto do processo, de seu interesse no resultado e as limitações impostas a sua atuação resultam em que sua sujeição à estabilidade decisória seja igualmente peculiar, em comparação à estabilidade a que estão sujeitos autor e réu, a coisa julgada¹⁰.

Segundo abordagem bastante tradicional do tema, as peculiaridades da eficácia da intervenção se manifestam em dois planos distintos¹¹: (i) os limites objetivos da estabilidade, que seriam marcados na motivação da decisão; e (ii) a possibilidade de sua superação, de forma incidental e em hipóteses menos rígidas que a coisa julgada.

Sob o CPC/2015, porém, ambas as particularidades da eficácia da intervenção parecem, em um primeiro olhar, significativamente reduzidas, já que, em qualquer processo sujeito ao procedimento comum, a coisa julgada pode se estender aos motivos da decisão, desde que preenchidos os requisitos do art. 503, §§1º e 2º, dos quais ganha destaque aquele que se refere ao exercício do contraditório prévio e efetivo.

É compreensível, por isso, que haja certa perplexidade na compatibilização do regime da eficácia da intervenção com o regime dos limites objetivos da coisa julgada, notadamente diante da possibilidade de que tanto uma como outra estabilidade deixe de se produzir a depender do que ocorra no processo.

O escopo do presente artigo é oferecer alguma solução para essa perplexidade, com olhos voltados para os processos individuais¹², o que passará pela tomada de posição quanto ao que configura interesse jurídico, uma revisitação

vide: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. A estabilidade das decisões judiciais. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; *et. al.* (Org.). *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 163-177.

¹⁰ São pertinentes as críticas à ideia de que a coisa julgada seria a “*estabilidade por excelência*”, já que essa perspectiva, por muito tempo, dificultou a compreensão de que ela é apenas uma dentre muitas formas de estabilidade decisória (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, p. 308-309). Ainda assim, reconhecendo essa multiplicidade, a comparação de cada forma de estabilidade e a coisa julgada é bastante útil, já que ela é a estabilidade mais resistente a modificações quando se toma por referência o processo civil. Essa comparação pode se dar a partir de variados critérios, como bem percebeu Bruno Lopes (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *A estabilidade das decisões judiciais*, p. 166). Diferentemente do autor, porém, neste artigo, elegeram-se como critérios para a comparação os limites objetivos da estabilidade e amplitude da revisão possível.

¹¹ Comum se dizer, com referência a esses dois planos, que se trata “*de instituto em certo aspecto mais rígido e, em outro, mais flexível do que a coisa julgada*” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 118).

¹² O corte metodológico se faz necessário em função das particularidades dos processos coletivos, seja no que se refere à própria transindividualidade do direito material, seja com relação ao regime específico da coisa julgada. Para um panorama da assistência no processo coletivo, vide: GIDI, Antonio. Assistência em ações coletivas. In: *Revista de Processo*, vol. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 269-271.

das teorias a respeito da eficácia da intervenção, a adesão a uma delas e sua acomodação ao regime dos limites objetivos da coisa julgada no CPC/2015.

Nos tópicos que seguem, esses dois planos serão analisados em separado. Deve-se esclarecer, porém, que, inicialmente, a análise tomará por objeto a disciplina da assistência de forma isolada, deixando-se para os tópicos subsequentes seu cotejo com o regime especial da coisa julgada. Nesse primeiro momento, portanto, será abstraída a possibilidade de que elementos da motivação adquiram eficácia externa e estabilidade, o que se explica pelo fato de que esse era o regime único de formação da coisa julgada sob o CPC/1973¹³ e sob o qual se construíram as teses a respeito da eficácia da intervenção que, salvo raras exceções¹⁴, ainda são repetidas sem maiores reflexões quanto a uma possível interferência das regras de formação da coisa julgada sobre questões incidentais¹⁵.

Ainda a título de esclarecimento metodológico, adianta-se que a análise de ambos os planos se dará apenas a partir da assistência simples. Isso se deve ao fato de que, segundo a doutrina majoritária, a eficácia da intervenção diz respeito apenas ao assistente simples, ficando o assistente litisconsorcial sujeito à coisa julgada *tout court*¹⁶, o que não impedirá a problematização dessa conclusão, ainda que em breves linhas.

¹³ Por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 90-96. Para uma análise do estado da arte sob o CPC/1973 e mais referências: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*, p. 88-89.

¹⁴ Há quem afirme que a eficácia da intervenção é o mesmo fenômeno que se observa na formação de coisa julgada sobre questão incidental, como se vê em: BENEDUZZI, Renato Resende. *Comentários ao código de processo civil, vol. II: artigos 70 ao 187*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, comentário ao art. 123, n. 1. E há aqueles que afirmam que os fenômenos são inconfundíveis: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao código de processo civil, vol. III: da intervenção de terceiros até da defensoria pública: arts. 119 a 187*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 48-49. A dúvida quanto à interferência entre esses fenômenos foi levantada por Lia Cintra em artigo que analisava a intervenção de terceiros em geral, razão pela qual, infelizmente, o tema não foi aprofundado pela autora: CINTRA, Lia Carolina Batista. Análise crítica do vigente sistema brasileiro de intervenção de terceiros. In: *Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia*, v. 8, 2016, p. 197-198.

¹⁵ Vide, por exemplo: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Comentários aos arts. 119 a 132*. In: CABRAL, Antonio do Passo; et. al.. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, coment. ao art. 123; SAMPAIO, Marcos Vinícius de Abreu. *Comentários aos arts. 119 a 124*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; et. al.. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. ao art. 123, n. 1; RODRIGUES, Daniel Colnago. *Intervenção de terceiros*. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, cap. II, n. 2.

¹⁶ Sob o CPC/1973, por exemplo: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 118-119; CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 118. Sob o CPC/2015, por exemplo: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Comentários aos arts. 119 a 132*, coment. ao art. 124; Daniel Colnago. *Intervenção de terceiros*, cap. II, n. 2. Essa concepção recebeu significativo reforço do legislador, que inseriu o dispositivo relativo à eficácia da intervenção (art. 123, CPC/2015) na seção dedicada à disciplina da assistência

2. EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO: LIMITES OBJETIVOS

Como se adiantou, uma primeira dimensão em que a eficácia da intervenção se distinguiria da coisa julgada (em seu regime comum) é em seus limites objetivos. Isso porque, embora haja significativas diferenças na forma de descrever o fenômeno em seus detalhes, parcela majoritária da doutrina defende que, para o assistente, essa é uma estabilidade que se produz sobre os motivos da decisão (de fato e de direito)¹⁷⁻¹⁸, enquanto, para parcela minoritária, é apenas o dispositivo que se torna estável¹⁹.

- simples. Há, ainda, a posição daqueles que afirmam que o assistente litisconsorcial se sujeita à coisa julgada e, também, à eficácia da intervenção: BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 163-165. Diferentemente, negando a sujeição à coisa julgada e, pois, sustentando a sujeição apenas à eficácia da intervenção: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao código de processo civil, vol. III*, p. 52; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, p. 58.
- ¹⁷ Sob o CPC/1939, porém expressando sua opinião a respeito do anteprojeto de Buzaid: COSTA, Moacyr Lôbo da. *Assistência (processo civil brasileiro)*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 197. Sob o CPC/1973, vê-se, por exemplo: MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil, t. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 82; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil, vol. I, t. I*. São Paulo: Forense, 1975, p. 305-307; MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 131-132; BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 166-167; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 153-154; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 118-119; DIAS, Handel Martins. Eficácia da assistência: a vinculação do assistente à justiça da decisão. In: *Revista de Processo*, vol. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, n. 5; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 272-274. Sob o CPC/2015, vide, p. ex: SAMPAIO, Marcos Vinicius de Abreu. *Comentários aos arts. 119 a 124*, coment. art. 123, n. 1; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Comentários aos arts. 119 a 132*, coment. ao art. 123; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 645; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil - vol. I: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 22ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 607; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao código de processo civil, vol. III*, p. 45-48; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. II*, p. 446-447.
- ¹⁸ Afirma-se que essa teoria descende da forma como o tema é tratado na Alemanha (vide, p. ex: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil, vol. I, t. I*, p. 305). Como exemplo da doutrina tradicional alemã, pode-se ver a tese com muita clareza no manual de Goldschmidt: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Editorial Labor: Barcelona, 1936, p. 449. Embora sem a mesma clareza, essa era a opinião de Rosenberg, que fica mais evidente diante dos exemplos apresentados: ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil, t. I*, Buenos Aires: EJE, 1955, p. 273-276. Mais recentemente, no mesmo sentido: HESS, Burkhard; JAUERING, Othmar. *Manual de derecho procesal civil*. 30ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 483.
- ¹⁹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35; CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 119-120. Lia Cintra, em sua dissertação, afirma que seria essa

Em apertada síntese, a tese majoritária (a) se funda em dois argumentos principais²⁰: (i) o assistente não poderia se vincular ao dispositivo, pois nada pede ou tem pedido contra si, não participando, nem em tese, da situação jurídica a que o dispositivo se refere²¹; (ii) apenas a vinculação aos motivos garantiria alguma utilidade à eficácia da intervenção, pois, em muitos casos, somente esses elementos teriam relevância em processos futuros²².

O primeiro argumento não parece decisivo, pois pressupõe que apenas quem postula ou tem contra si postulada a tutela jurisdicional possa se sujeitar à estabilidade do dispositivo decisório, sem apontar outras razões para esse pressuposto, além do fato de que o terceiro interveniente é também terceiro em relação à situação jurídica de direito material sobre a qual a decisão é programada para atuar. Vista, porém, a assistência como uma forma de legitimidade extraordinária, ainda que subordinada²³, percebe-se que isso já pressupõe a aquisição da condição de parte independentemente do pertencimento à situação jurídica de direito material sobre a qual a decisão de mérito atuará de forma imediata. Antes de uma contradição, a sujeição do terceiro interveniente à estabilidade do

a perspectiva na Itália, fazendo referência a Chizzini, cuja obra não se pôde consultar para este artigo. É fácil compreender a posição da doutrina italiana quando se percebe que, naquele país, o *intervento adesivo*, figura mais semelhante à assistência, é explicado exclusivamente a partir da eficácia que as decisões (por seus dispositivos) podem produzir sobre terceiros, fenômeno intrinsecamente ligado à prejudicialidade, como se verá adiante. Para esse ponto, vide: LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. I. 10ª ed., Milano: Giuffrè, 2019, p. 171.

²⁰ Há outros argumentos, certamente. Costuma-se aludir à própria expressão «justiça da decisão», que não é usada em nenhuma outra passagem do CPC/2015, como se ela denotasse, necessariamente, a estabilidade dos fundamentos: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao código de processo civil*, vol. III, p. 45. O argumento, porém, prova demais. A partir da própria “literalidade” da expressão seria possível sustentar bem o contrário, para concluir que, se a decisão, para as partes é (usualmente) dada no dispositivo, não poder “discutir a justiça da decisão” seria, exatamente, ficar desprovido de meios para subverter o dispositivo se ele se inserir prejudicialmente em um processo em que o assistente seja parte porque demandado ou demandante.

²¹ Sempre referido, o argumento se vê em Agrícola Barbi, ainda na década de 1970 (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*, vol. I, t. I., p. 305) e Scarpinella Bueno, já na década de 2000 (BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 161).

²² O argumento se vê, de forma expressa, no texto de Talamini: “No mais das vezes, se a imutabilidade se restringisse ao objeto do decisum, não haveria nenhuma concreta e útil vinculação do assistente” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 119).

²³ Já se acenou a essa concepção, que se vê em: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Apostamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, p. 60 e 63. Vide, adicionalmente, a defesa de tese bastante semelhante na Itália: FABBRINI, Giovanni. *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 234 e ss.

dispositivo deflui como uma consequência perfeitamente lógica do fato de que lhe foi assegurada a participação no processo²⁴.

O segundo argumento, diferentemente, oferece reflexões mais ricas, pois parte de uma consideração bastante pertinente a respeito da intervenção de terceiros em geral e da assistência em particular: se o assistente intervém para fazer valer, mediatamente, um interesse seu, é bastante justo que (1) diante da vitória do assistido, fiquem as partes “principais”, notadamente o adversário do assistido, vinculados a algo na decisão que seja útil ao assistente em um processo futuro; e (2) diante da derrota do assistido, fique o assistente vinculado a algo na decisão que seja útil às partes “principais”²⁵.

A partir dessas ideias, o argumento se desenvolve com exemplos (explorados adiante), buscando-se demonstrar que, em muitos casos, a simples sujeição ao dispositivo decisório, que declara ou constitui a situação jurídica disputada, não seria útil às partes ou ao assistente em um processo futuro.

Mesmo sem maior aprofundamento, é possível erigir algumas críticas a essa concepção, não para a rejeitar em absoluto, mas para que se lhe confirmem contornos mais adequados.

²⁴ Embora não tratasse especificamente desse tema, há uma passagem em que Chiovenda exprime ideia bastante adequada a este argumento: “*A coisa julgada, como resultado da definição da relação processual, é obrigatória para os sujeitos desta. [...] Mas, como todo ato jurídico relativamente entre às partes entre as quais intervêm, a sentença existe e vale com respeito a todos; assim como o contrato entre A e B vale com respeito a todos, como contrato entre A e B, assim também a sentença entre A e B vale com relação a todos, enquanto sentença entre A e B.*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil - vol. 1*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 414). Tratava Chiovenda do fato de que os terceiros indiferentes sempre devem respeitar a decisão, mas, se assim é para quem não participou do processo, com muito mais razão será para quem, não se afirmando titular do próprio direito disputado, tenha participado plenamente do processo. Dizer que o assistente C se sujeita à imutabilidade do dispositivo do processo instaurado originariamente entre A e B significa, apenas, que ele não poderá controverter a respeito da declaração ou constituição da situação jurídica entre A e B.

²⁵ A preocupação é muito bem evidenciada por Clarisse Leite e Scarpinella Bueno: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 273; BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 165. Ainda que não a expresse do mesmo modo, faz-se presente no exemplo construído por Agrícola Barbi a respeito de processos envolvendo o segurado e a seguradora: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil, vol. 1, t. 1*, p. 305. Embora o ponto não seja destacado pela doutrina brasileira, a doutrina alemã que inspira essa noção de eficácia da intervenção destaca que apenas o assistente e o assistido ficariam vinculados aos motivos, razão pela qual será apenas sob essa ótica que o tema será tratado. Para o ponto, vide, respectivamente, o comentário de Clarisse Leite e a lição de Rosenberg: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 268; ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil, vol 1*, p. 274. Mais recentemente, na Alemanha: HESS, Burkhard; JAUERING, Othmar. *Manual de derecho procesal civil*, p. 483.

A primeira delas é que, em grande medida, ela se apoia em uma ampliação da concepção de interesse jurídico para além da afirmação da titularidade de uma situação jurídica dependente²⁶, para abarcar, também, situações jurídicas conexas pela comunhão de elementos de seus suportes fáticos²⁷. No campo dessas, sem dúvida, o dispositivo da decisão proferida *inter alios* jamais seria relevante, já que os elementos comuns seriam sempre tratados na motivação.

Há boas razões, porém, para restringir a noção de interesse jurídico às relações de dependência. A principal delas - e que se pode formular como uma segunda crítica à concepção ora imaginada - é que, em regra, os fundamentos das decisões de mérito não produzem nenhum efeito fora do processo²⁸, de

²⁶ Os laços de prejudicialidade-dependência substancial se dão quando a existência ou a inexistência de uma situação jurídica (prejudicial) é elemento do suporte fático de outra situação jurídica (prejudicada ou dependente). É essa, em suma, a concepção que se tornou dominante a respeito do tema e ponto de partida para a compreensão dos reflexos de uma decisão judicial sobre situações jurídicas de terceiros: ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1935, p. 68-71. Recentemente, o tema foi objeto de profundas reflexões por parte de Thiago Siqueira, na perspectiva de que as relações de prejudicialidade processual, muitas vezes, decorrem da prejudicialidade material: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 249 e ss.

²⁷ A referência, neste parágrafo, é à conexão em sentido substancial e mais estrito, para significar apenas a comunhão de elementos dos suportes fáticos de situações jurídicas distintas (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 272). A própria prejudicialidade, em sentido processual ou substancial, pode ser vista como uma espécie do gênero conexão, mas, como se disse, a referência aqui é a conexão em sentido mais restrito, ou, como também é comum, à mera conexão. Para preciosas definições a respeito da conexão em sentido processual, como relação entre os elementos concretos de duas demandas, bem como, para a visão da prejudicialidade como uma sua espécie, vide: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 72-85 e p. 114-122; LINO, Daniela Bermudes. *Conexão e afinidade: critérios para aplicação dos artigos 55, §3º, e 69, §2º, II e IV, do CPC/2015*, Salvador: Juspodivm, 2021, p. 137-146 e p. 156-161. Para interessantes considerações a respeito da conexão entre demandas e sua explicação a partir da conexão entre situações jurídicas substanciais: FABBRINI, Giovanni. *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, p. 60-66. Admitindo, nesse caso, a existência do interesse que autoriza a assistência: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 272; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litiscôncio*, p. 55. Outros doutrinadores, mesmo após restringirem a noção de interesse jurídico a relações de dependência ou prejudicialidade, traem-se na apresentação de exemplos em que, no máximo, pode-se ver alguma conexidade em sentido estrito. É o caso, por exemplo, de Didier Jr., que, após justificar a assistência simples a partir dos efeitos reflexos, vale-se do conhecido caso do tabelião que intervém para evitar um juízo desfavorável sobre sua culpa ou dolo, elementos que integram o suporte fático de sua responsabilidade civil: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil - vol. I*, p. 601 e 607.

²⁸ Recorde-se que, por ora, optou-se por abstrair a hipótese do art. 503, §§1º e 2º, do CPC/2015. A conclusão, porém, que era bastante tranquila sob o CPC/1973 (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149-156), ainda é verdadeira sob o CPC/2015, quando não preenchidos os requisitos do regime especial de formação da coisa julgada.

modo que um terceiro jamais se poderia dizer juridicamente beneficiado ou prejudicado por esses elementos incidentais.

Parte dos defensores da corrente ora examinada, na tentativa de demonstrar seu acerto, acaba por cair em uma contradição que, com raras exceções, passa despercebida: explica-se o interesse jurídico a partir dos efeitos reflexos da decisão de mérito, que alcançam apenas quem titulariza situações jurídicas dependentes, para, em seguida: (i) admitir a assistência em casos de mera conexão, ou seja, fora do esquema da conexão-dependência; e (ii) explicar essa possibilidade à luz de uma eficácia e estabilidade de elementos que jamais atingiriam um terceiro para o beneficiar ou prejudicar em sentido jurídico²⁹⁻³⁰.

²⁹ A contradição é apontada, com precisão, por Clarisse Leite: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 268-269. Embora perceba essa contradição, Lia Cintra direciona sua crítica à adoção da eficácia reflexa para explicar o interesse jurídico (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 68) o que acaba tornando pouco compreensível sua opinião quanto aos limites objetivos da eficácia da intervenção (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 119-120): uma vez que admita o interesse de quem, nem em tese, seja prejudicado ou beneficiado pelo dispositivo, parece imperativa a defesa de que a eficácia da intervenção recaia sobre elementos da motivação.

³⁰ A contradição é ainda mais frisante quando o cabimento da assistência é ampliado a ponto de abarcar terceiros que possam se sujeitar ao precedente judicial formado em processo do qual não são parte. Sob o CPC/1973, essa ampliação, por mais inconsistente que fosse, encontrava justificativa pragmática na ausência de uma figura interventiva que assegurasse essa participação em casos nos quais não cabia a intervenção do *amicus curiae*. É bastante conhecido o parecer de Dinamarco em que, embora não tenha tratado especificamente do cabimento dessa forma de assistência, tomou-o por pressuposto para discorrer sobre quais seriam as consequências da intervenção do ente coletivo em processo que poderia gerar precedente do interesse de seus associados: DINAMARCO, Cândido Rangel. Coisa julgada, assistência e eficácia da intervenção. In: *Processo civil empresarial*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 354-368. A ideia chegou a vigorar no próprio STF, que, em conhecido acórdão, admitiu a assistência do ente coletivo: RE 550769 QO, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2008, DJe 26-02-2013. Didier Jr., escrevendo à época do acórdão, aplaudiu a iniciativa, destacando, porém que a assistência só deveria ser admitida quando o assistente fosse um legitimado às vias coletivas, pois, do contrário, corria-se risco de tumulto diante da possibilidade de que qualquer indivíduo interessado no precedente pudesse intervir: DIDIER JR, Fredie. Revisão do interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF. In: *Revista de processo*, vol. 158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 279-281. A leitura atenta do acórdão do STF, porém, indica que a posição do ente coletivo, naquele caso, era muito mais semelhante à que hoje se reconhece ao *amicus curiae* e não é exagero pressupor que, atualmente, seria tratada à luz do art. 138, do CPC. Para um panorama da posição do *amicus curiae* sob o CPC/2015, e a comparação de seus interesses com os que permitem a assistência, vide: EID, Elie Pierre. *Amicus curiae* no novo código de processo civil: interesses e poderes. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; et. al. (Coord). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 245-257, especialmente, p. 249-251. Embora a assistência ligada a processos coletivos se situe fora dos limites deste artigo, é possível admitir a assistência por parte de entes

A essa crítica, é certo, pode-se contra-argumentar que, uma vez intervenindo, os assistentes passam a ser vinculados à motivação, sendo seu interesse, justamente, intervir para que isso ocorra. A assistência, nesse cenário, seria uma forma de atribuir eficácia externa e estabilidade a elementos que, sem a intervenção, não teriam essa aptidão³¹.

Essa explicação, porém, acaba por minar a grande justificativa para que se imponha às partes o ingresso de um terceiro.

Não se pretende ingressar no tema do interesse jurídico além do necessário para a compreensão da eficácia da intervenção. Deve-se destacar, no entanto, que a exigência desse interesse é feita como um contrapeso à imposição da vontade do assistente sobre as partes: não é a simples vontade do terceiro que legitima sua intervenção, mas a vontade qualificada pela afirmação de um interesse protegido pelo sistema, daí se dizer um interesse jurídico.

É bem evidente que a certificação dos fatos afirmados em um processo *inter alios* pode ser útil a um terceiro. A utilidade seria bastante semelhante³² à

legitimados à tutela coletiva quando um de seus representados for autor de demanda cujo escopo pudesse ser buscado pelo próprio ente coletivo, cenário que mais se assemelha à assistência justificada pela interação entre legitimado ordinário e extraordinário (uma aplicação analógica do art. 18, do CPC/2015) do que pela dependência.

³¹ Essa foi, em suma, a explicação dada por Ubiratan de Couto Maurício para hipóteses em que não há dependência substancial, mas mera conexão a partir da identidade de elementos do suporte fático. O exemplo dado pelo autor é, justamente, o do interesse do tabelião no processo a respeito da validade da escritura: MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil*, p. 43.

³² A semelhança se dá porque, também quando se olha para o dispositivo decisório, é bastante difícil explicar o interesse jurídico apenas a partir do prejuízo que pode gerar para o terceiro. Lia Cintra atentou para esse fato e erigiu a crítica que, neste estudo, reflete-se na tentativa de explicar o interesse jurídico a partir de outros elementos (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 67-70). Em suma, para não desbordar demasiadamente do escopo do artigo, é fácil perceber que, excetuada a hipótese de substituição processual, o terceiro não necessita de intervir para tutelar sua posição na situação jurídica prejudicada, já que o poderá fazer em separado, sem o embaraço da coisa julgada. A intervenção, sem dúvida, pode lhe ser útil, já que, em caso de vitória do assistido, muito provavelmente evitará uma demanda contra si ou, mesmo que esta venha a ser ajuizada por uma das partes, poderá lhes opor a estabilidade da decisão (art. 506, CPC). Para um exame dos limites subjetivos da coisa julgada, com mais referências, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 71-80. Registre-se que, mesmo a extensão ao substituído é desafiada pela doutrina brasileira, que, com bons argumentos, impõe-lhe algumas condições: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 113-116. Pelo prisma da necessidade, portanto, a posição do terceiro diante de um dispositivo decisório desfavorável não é tão diferente da que se coloca diante a um juízo incidental: o juízo anterior não pode ser simplesmente ignorado, como se inexistisse, mas pode ser livremente controvertido. A situação é bem distinta no sistema processual italiano, já que, em maior ou menor medida, mesmo hoje, a doutrina daquele país admite, fora das hipóteses de substituição processual, a sujeição de terceiros aos efeitos e à própria estabilidade da decisão proferida entre as partes legítimas, a depender, justamente, do nexos existente entre as situações de direito material.

que há na certificação de uma qualquer situação jurídica prejudicial: se o fato certificado no processo *inter alios* se insere de alguma forma no suporte fático de uma situação jurídica de que o terceiro se entende titular, o juízo feito a respeito dele é logicamente prejudicial à certificação dessa situação jurídica³³. Fosse adicionada a essa prejudicialidade lógica uma vinculação jurídica externa³⁴ (como

Há teses mais permissivas, inspiradas em Allorio (ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, p. 78-79), que reconhecem a extensão em todos os casos de prejudicialidade/dependência substancial, como a de Fabbrini (FABBRINI, Giovanni. *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, 163-164) e a de Pisani (resumidas em: PISANI, Andrea Proto. *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza*. In: *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile: una parabola di studi*. Milano: Giuffrè, 2015, p. 204-209); e outras menos permissivas, que restringem a extensão a hipóteses específicas de prejudicialidade dependência, chamadas por Luiso, defensor dessa tese, de “prejudicialidade permanente” (LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. I, p. 177-182); e, finalmente, a que muito inspira a doutrina brasileira, capitaneada por Liebman (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, §5º, *passim*, especialmente, p. 103-109 e 125), negando, quase em absoluto, a extensão da coisa julgada a terceiros fora dos casos de substituição processual ou sucessão. Diz-se “quase” porque o próprio Liebman concluiu que, quando em jogo determinadas situações jurídicas, como os *status* familiares, haveria para os terceiros sujeitos de situações jurídicas dependentes, algo que, na prática, funciona como uma extensão da coisa julgada: concluiu o autor que, nesses casos, esses terceiros, por serem legitimados secundários, acabariam desprovidos de vias de ataque à decisão dada entre os legítimos contraditores (LIEBMAN, Enrico Tullio. A coisa julgada nas questões de estado. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 188-196). O que se quer ressaltar, neste ponto, é que a utilidade e a própria explicação da intervenção adesiva, no direito italiano, varia conforme se adira a um desses três grupos. Para quem admite a extensão da coisa julgada a todos os casos de prejudicialidade-dependência, a intervenção adesiva (*intervento adesivo*) ganha importância muito maior, já que seria uma forma de o terceiro intervir para participar da formação de uma decisão que, mesmo sem sua participação, tornar-se-ia estável perante si. Seria, pois, um mecanismo preventivo à disposição desses terceiros, sem excluir mecanismos repressivos, como a *revocatoria* (PISANI, Andrea Proto. *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza*, p. 198-199). Se, porém, apenas algumas formas de prejudicialidade-dependência resultam na extensão da coisa julgada, a intervenção adesiva varia de função conforme o terceiro seja ou não sujeito à estabilidade da decisão. Para Luiso, por exemplo, no primeiro caso a intervenção (a que chama adesiva dependente) seria uma forma de afastar um prejuízo, enquanto no segundo (a que chama adesiva autônoma), de assegurar um benefício (LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. I, p. 324-327). Já para Liebman, as formas de intervenção voluntária em geral - e a adesiva, em particular - não se explicariam por alguma sujeição à coisa julgada, mas, pelo contrário, pela exposição de todos à eficácia natural da sentença (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 126-127).

³³ Para a definição de prejudicialidade lógica, vide: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 44-51; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*, p. 257-259.

³⁴ É a existência de uma vinculação jurídica para além do vínculo lógico que torna a prejudicialidade lógica em jurídica: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 124-127 e p. 171-177. Os juízos incidentais são vinculantes no interior do processo e, por isso, juridicamente prejudiciais. Como não possuem, em regra, essa eficácia para fora, não podem ser considerados, nessa condição,

pressupõe a tese ora examinada), a utilidade seria, justamente, a imposição desses juízos a processos futuros, de forma análoga ao mecanismo conhecido por função positiva da coisa julgada³⁵.

Não se pode ignorar, porém, a distinção que há entre um caso e outro: diferentemente do que se passa com o juízo sobre a existência de uma situação jurídica prejudicial, o interesse na certificação de um fato ou de sua qualificação jurídica isolada³⁶, ordinariamente, não pode ser tutelado pela via principal de um processo judicial. Não se poderia imaginar, portanto, uma demanda do terceiro (ou contra ele) que tivesse por objeto apenas a certificação da ocorrência do fato que é comum à situação jurídica disputada pelas partes e aquela titularizada pelo terceiro.

Deixar de proteger esse interesse com a promessa de tutela jurisdicional significa que, para o sistema, ele não é jurídico³⁷ e esse é o dado que se quer ressaltar.

juridicamente prejudiciais. No interior de uma decisão, a vinculação jurídica entre juízos incidentais, bem como, entre estes e o dispositivo se dá a partir do dever de motivar com coerência: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 258, nota n. 714, e, especialmente, p. 267-268.

³⁵ É correta a ideia de que o que se chama de função positiva da coisa julgada é, na verdade, a soma entre a eficácia externa de um elemento decisório e sua estabilidade (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, p. 146; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 68-70). A partir dessa explicação, pode-se ver que outras estabilidades decisórias também terão função positiva, desde que referidas a elementos decisórios com eficácia fora do processo. Nesses casos, segundo sugere uma primeira e superficial investigação, as maiores distinções se darão em duas direções distintas, que coincidem com os critérios que, neste artigo, guiam o exame da eficácia da intervenção: (i) uma distinção a partir dos elementos decisórios que adquirem eficácia extraprocessual; e (b) uma distinção a partir da resistência desses elementos à superação.

³⁶ Postular uma declaração que certifique que determinada conduta é qualificada como culpada, por exemplo, sem exigir uma indenização por responsabilidade civil.

³⁷ Em geral, quando a doutrina fala em interesse de fato, faz-o para denotar interesses outros que não o jurídico. Vide, por exemplo, a conhecida lição de Chiovenda e, mais recentemente, de Luiso: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil - vol. I*, p. 415; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile, v. I*, p. 324. O que se cogita aqui, porém, é um tanto distinto, pois o que se ressaltou é a própria inexistência de interesse jurídico na certificação da existência de um fato, o que se pode afirmar a partir da impossibilidade de obtenção de uma declaração com esse conteúdo pela via principal, exceto, como se sabe, se o fato a se declarar for a (in)autenticidade de um documento. O tema, portanto, tangencia a ideia de que, no processo civil, o objeto da declaração deve ser, no mínimo, a existência, inexistência ou modo de ser de uma situação jurídica. Para essa ideia, sua justificativa e mais referências bibliográficas, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 184-189. Embora não se adira à tese de que a assistência se explica pela dedução de uma demanda por parte do assistente, ela, mais do que adequada ao que ora se sustenta, seria uma boa forma de explicar a razão pela qual a mera conexão pela identidade de elementos do suporte fático não permite a assistência:

Para que, de alguma forma, mereçam a atenção do Estado-juiz, é necessário que esses juízos de fato estejam ligados a uma situação jurídica que necessite e possa ser tutelada pela via jurisdicional³⁸. Compreende-se, segundo esse raciocínio, a razão pela qual o assistente pode aderir à posição do assistido: a tutela da situação jurídica do assistido, mediatamente, permite a tutela da situação jurídica do assistente.

Isso não se dá nos casos de conexidade pelo suporte fático, já que a existência, inexistência ou modo de ser da situação jurídica de que faz parte o assistido é completamente indiferente para o assistente, para quem apenas um ou alguns juízos de fato poderiam ser relevantes. No caso de simples conexidade pelo suporte fático, portanto, a assistência se converteria em uma forma de o assistente promover apenas o seu interesse na certificação de um fato, sem, com isso, promover necessariamente a tutela da situação jurídica do assistido.

Essa constatação não significa que a conexão entre situações jurídicas substanciais pela identidade de elementos do suporte fático seja irrelevante para o sistema. Muito pelo contrário, se o terceiro ajuizar uma demanda para promo-

uma demanda pela certificação de um fato (excetuada a autenticidade de documento) seria inadmissível.

³⁸ Mesmo a admissão da produção antecipada de provas sem urgência (art. 381, II e III, CPC/2015) exige que a prova que se quer produzir seja relacionada a fatos que interessem a um litígio, ainda que potencial. Nesses casos, a possibilidade de “viabilizar a auto-composição ou outro meio adequado de solução de conflito” ou “evitar o ajuizamento de uma ação” é o que confere juridicidade ao interesse na produção da prova: TALAMINI, Eduardo. Comentários aos arts. 381 a 384. In: CABRAL, Antonio do Passo; *et. al.*. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, coment. ao art. 381, n. 5, e ao art. 382, n. 11. Cumpre observar, que há, nesse procedimento em específico (art. 382, §1º, CPC), uma abertura à participação de terceiros que, essa sim, pode se dizer interessada unicamente na prova (YARSHELL, Fávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; *et. al.*. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. ao art. 382, n. 13). Cuida-se, porém, de uma disposição especial, justificada ante a própria especialidade do procedimento: como a finalidade deste é exclusivamente a produção da prova, pode-se admitir terceiros com interesse semelhante sem que isso signifique um desvio na própria finalidade do processo. Um bom sinal de que o desvio é repudiado pode se ver no art. 382, §3º, do CPC/2015, que, ao tempo em que autoriza aos interessados o requerimento de quaisquer provas, limita estas aos mesmos fatos já delineados pelo autor ou, no mínimo, a outros que sejam sujeitos a alguma forma de conexão (TALAMINI, Eduardo. *Comentários aos arts. 381 a 384*, coment. ao art. 382, n. 11; YARSHELL, Fávio Luiz. *Comentários aos arts. 381 a 383*, coment. ao art. 382, n. 16). Registre-se, por fim, que dada a especialidade desse procedimento e a relação ora demonstrada entre seus fins e os limites à intervenção, não se pode, a partir dessa autorização específica, derivar uma autorização genérica que alcance qualquer processo pelo procedimento comum. Discorda-se, portanto, da leitura que Sofia Temer faz dessas hipóteses, como se, de claras exceções, pudessem ser construídas regras aplicáveis à generalidade dos casos: TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 278-280.

ver sua situação jurídica conexa ou, em função dela, for réu em algum processo, aquela conexão substancial se reverterá em conexão processual³⁹ e, preenchidos determinados pressupostos, poderá resultar, por exemplo, na reunião de processos (art. 55, §1º, do CPC/2015). Também aqui, é certo, a reunião se impõe à vontade das partes de ambos os processos e, em alguma medida, pode gerar muitos embaraços. Esses, porém, são justificáveis ante o fato de que já há dois processos, cada um voltado à tutela de uma situação jurídica, e não a simples possibilidade de que surja um processo subsequente⁴⁰.

A simples conexidade, portanto, por não resultar em uma intervenção calçada na promoção da tutela de uma situação jurídica titularizada pelo assistido, não legitima o ingresso do terceiro como assistente. O interesse na certificação de um fato, nesse contexto, ainda que esse juízo incidental possa se impor a um processo futuro, não justifica a sobreposição da vontade do terceiro à vontade das partes⁴¹.

³⁹ A conexão em sentido processual pode se dar pela identidade de questões incidentais (relacionadas à causa de pedir e à defesa) ou questões principais: LINO, Daniela Bermudes. *Conexão e afinidade*, p. 143. Os argumentos ora desenvolvidos, porém, levam em conta apenas a conexão que se dá pela identidade de questões incidentais, pois esse é o campo em que a conexidade se revela a partir da identidade de elementos do suporte fático de distintas situações jurídicas e que, no processo, reverte-se em conexão por elementos da causa de pedir (MENCHINI, Sergio. *Il processo litisconsortile: struttura e potere delle parti*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 111-115). Quando a conexão se dá pela identidade de uma questão que é principal em um processo e incidental em outro, fala-se em prejudicialidade externa, que, reitere-se, é uma espécie de conexão (LINO, Daniela Bermudes. *Conexão e afinidade*, p. 156-161). Quando se cuida de conexidade pela identidade de questões principais, manifesta-se, com mais clareza o risco de decisões em incompatibilidade prática, que o sistema tanto repudia. Exemplo desta última forma de conexidade é a que existe entre a demanda que envolve as partes originárias e a que lhes dirige o oponente (OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*, p. 96 e ss., especialmente, p. 101-102). Com o regime especial de formação da coisa julgada no CPC/2015, a permitir que a resolução de questões incidentais produzam a mesma eficácia e estabilidade da resolução de questões principais, multiplicam-se os casos que podem gerar prejudicialidade externa e, com isso, o risco de decisões em incompatibilidade prática (LINO, Daniela Bermudes. *Conexão e afinidade*, p. 161 e 234-236; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*, p. 355-359). Esses aspectos, porém, escapam aos limites deste trabalho.

⁴⁰ Há, portanto, risco concreto de incompatibilidade lógica entre decisões e não uma possibilidade em tese, o que resulta em uma resposta sistêmica proporcional à gravidade dessa incompatibilidade. Sobre o tema, comparando diferentes formas de incompatibilidade e escalando a resposta do sistema a partir de sua gravidade, vide: LINO, Daniela Bermudes. *Conexão e afinidade*, p. 233-240 e cap. 5, *passim*.

⁴¹ Há, ainda, um argumento de conveniência. Admitir a assistência com fundamento na simples conexidade seria permitir que situações hoje identificadas como uma autorização para o litisconsórcio voluntário inicial se convertessem em autorização para assistência. Vítimas de um mesmo acidente, por exemplo, poderiam assistir umas às outras, com o único intuito de certificar um fato favorável. Não se quer, simplesmente, afirmar que isso seria

Excluída a admissibilidade da assistência a partir da simples conexidade, resta bastante reduzido o peso do argumento da utilidade para se defender que a estabilidade produzida para o assistente se dê a partir dos motivos. Ora, se o que anima o terceiro a ingressar como assistente é a relação de prejudicialidade entre sua situação jurídica e aquela das partes e sobre a qual o dispositivo produzirá efeitos, é a possibilidade de se sujeitar à estabilidade de um dispositivo desfavorável que deve pesar sobre o assistente como a contrapartida à permissão de que participe do processo alheio⁴².

Assim, por exemplo, se o fiador assiste ao afiançado em uma demanda de cobrança movida pelo credor, o risco que lhe é imposto pelo sistema é o de ficar vinculado ao dispositivo da decisão de procedência: se for, posteriormente, demandado pelo credor, não poderá controverter a respeito da existência do crédito principal, mas, apenas, quanto aos demais elementos do suporte fático de sua suposta obrigação acessória⁴³.

Essa conclusão, porém, não encerra o problema. Há situações em que, embora exista relação de dependência substancial, a forma como é deduzida a pretensão processual e peculiaridades do direito material resultam em que, para

absolutamente prejudicial ao sistema, mas, apenas, alertar que, pela linha argumentativa da doutrina que defende a assistência com fundamento na utilidade dos juízos incidentais, esses sujeitos poderiam funcionar como assistentes, algo que não parece ser levado em conta. Há boas razões para crer que, nesses casos, deva haver alguma forma de evitar juízos de fato incompatíveis, mas, segundo parece mais correto, na linha dos argumentos ora desenvolvidos, a interferência sobre processos *inter alios* apenas se legítima com fundamento em juízos de fato no caso em que o terceiro já for parte de outro processo. Esse é o campo, certamente, dos efeitos processuais da conexidade e que, mais recentemente, vão além da simples reunião de demandas, para permitir, por exemplo, a produção conjunta da prova. Sobre o ponto, além da dissertação de mestrado, já referida em sua versão comercial, vide, de Daniela Bermudes Lino: LINO, Daniela Bermudes. Centralização da questão de fato para produção conjunta da prova e grau de vinculatividade fática entre demandas. In: DIDIER JR., Fredie. *et. al.*. *Grandes temas do novo CPC, vol. 16: Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 585-605, *passim*.

⁴² Com argumentos distintos: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 120; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, p. 35. O último autor destaca quão irracional seria o sistema sujeitar o assistente aos motivos e não o fazer em relação às partes de qualquer processo. De fato, para aqueles que realçam a capacidade da assistência para prevenir contradições lógicas e, assim, promover economia processual (p. ex: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil, vol. I, t. I.*, p 306), seria um imperativo lógico usar os mesmos argumentos para sustentar a imutabilidade dos motivos para as próprias partes.

⁴³ Sobre a acessoriedade da fiança: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fiança e processo*, in: *Memórias de um processualista*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 226. A rigor, é possível a fiança por dívida futura, no entanto, o fiador apenas responde por ela quando e se a obrigação principal se constituir, ou, segundo o art. 821, do CC, tornar-se líquida e certa, o que confirma a acessoriedade: TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, n. 10.4.2.

que o assistente possa ser minimamente responsabilizado perante o assistido por sua intrusão no processo, faz-se necessária a estabilização de algo além do dispositivo.

É o caso da relação de dependência que há entre a situação jurídica do adquirente de um bem diante de alguém que se afirma titular de direito incompatível com a propriedade, de um lado, e, de outro, a situação jurídica de garantia do alienante diante do adquirente (arts. 447 e 450, do CC). Se o adquirente ajuíza uma reivindicatória em face do agressor, afirma, contra este, seu direito à posse que decorre da propriedade (art. 1.228, do CC). A improcedência de sua demanda ao fundamento de que não é dono da coisa se reverte em uma declaração de inexistência de seu direito à posse, consolidando a evicção⁴⁴.

Nesse caso, o interesse do alienante em funcionar como assistente do adquirente no polo ativo desse processo decorre, diretamente, do fato de que a

⁴⁴ A evicção (o fato da evicção) é a “*privação de uma utilidade (ou benefício) do direito que se pretendeu adquirir, em razão da falha na atribuição translativa que enseja a postulação vitoriosa do terceiro*” (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 67). A consequência desse fato é a incidência de uma série de sanções (art. 450, do CC) que vão além daquelas que, em geral, são atribuídas ao inadimplemento, residindo nesse *plus* a especialidade da garantia por evicção (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 97). Nos limites deste artigo, não é necessário ir além dessas noções mais gerais. O que importa destacar, no entanto, é que os deveres relacionados à garantia da evicção nascem em razão da privação da uma utilidade ou benefício do direito que se pretendeu alienar, algo que pode ocorrer antes ou independentemente de uma decisão judicial. Admite-se, sem maiores dúvidas, a evicção em caso de privação decorrente de atos administrativos, como se vê, por exemplo, do seguinte acórdão: REsp n. 1.342.145/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 17/12/2014. Mas, para os limites deste estudo, adotar-se-á a premissa de que mesmo atos privados podem causar a evicção e seus efeitos jurídicos. Para se ficar em apenas um exemplo, configura evicção, em tese, a hipótese em que um adquirente, extrajudicialmente, reconheça a ineficácia do ato pelo qual julgara haver adquirido o domínio e, ato contínuo, ceda a posse do bem a quem se afirma legítimo proprietário. Nesse caso, evidentemente, a concreta ocorrência da evicção depende de que, de fato, tenha havido falha na transmissão da propriedade, de modo que, caso demande o garante pelo pagamento das indenizações, este poderá opor ao adquirente a perfeição do ato translativo e, com isso, a inexistência do direito incompatível reconhecido extrajudicialmente. Para essas premissas, vide: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 70-74. Há outras hipóteses menos claras, como, por exemplo, a remição do bem dado em garantia por algum dos integrantes da cadeia de alienações ou constrito em execução movida contra um destes. Nestes casos, a jurisprudência se inclina no sentido de reconhecer que a conduta do adquirente evita a evicção, de modo que sua proteção se dá segundo as garantias ordinárias contra o inadimplemento, como se vê, por exemplo, no seguinte aresto: REsp 1907398/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 16/04/2021. Por essa razão, os exemplos trabalhados neste artigo serão construídos em torno do reconhecimento de direitos incompatíveis, notadamente, aqueles relacionados ao direito de sequela (art. 1.228, CC). Além da tese de Clarisse Leite, consultou-se, para esta nota: TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, n. 5.4.

declaração de que o adquirente não faz jus à posse é uma das formas pelas quais o “fato da evicção” se manifesta e que se soma a outros elementos para fazer operar a garantia contra a evicção, tornando-o devedor de uma indenização. Um desses outros elementos é a transmissão defeituosa da propriedade, de modo que não basta que o adquirente perca a propriedade ou deixe de gozar de algum direito que lhe é inerente, sendo necessário que isso decorra da transmissão defeituosa imputável ao alienante.

No exemplo imaginado, porém, a estabilidade do dispositivo decisório, por si só e mesmo reforçada por um mecanismo semelhante à eficácia preclusiva⁴⁵, não impediria que, em uma subsequente demanda pelo valor da garantia da evicção, o alienante afirmasse inexistir defeito na transmissão da propriedade⁴⁶, sustentando, por exemplo, que a perda da propriedade se deu em razão de usucapião posterior à alienação. Em suma, ainda que, no primeiro processo, tenha havido intensa controvérsia a respeito da causa da inexistência da propriedade e sua relação com a inexistência do direito à posse, a restrição da eficácia da intervenção ao dispositivo, resultaria em que o assistente não fosse devidamente responsabilizado por sua participação.

O mesmo se passa no caso em que o sublocatário assiste ao sublocador/locatário na ação de despejo movida pelo locador⁴⁷, por exemplo, em razão do

⁴⁵ A eficácia preclusiva da coisa julgada é a técnica processual pela qual o sistema confere estabilidade à decisão transitada em julgado, tornando irrelevantes quaisquer argumentos que lhe poderiam ter sido opostos. Sua função, em outras palavras, é impedir uma segunda decisão que seja incompatível (em sentido prático) com a primeira. É essa, em suma, a tese de Bruno Lopes (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, p. 110).

⁴⁶ É a conclusão de Clarisse Leite, que inspira a posição adotada nesta parte: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 273. Discorda-se de sua construção apenas na parte em que a autora nega, nesse exemplo, a existência de prejudicialidade processual entre o dispositivo da decisão a respeito da reivindicatória e o processo em que o evicto busca a reparação pela evicção. A autora chega a essa conclusão porque entende que, nesse caso, não há a declaração *principaliter* a respeito do direito incompatível do evictor. Ocorre que, se o domínio assegura ao dono a posse da coisa, a declaração de que o pretendo dono não tem direito à posse funciona como uma “*redução da utilidade*” esperada da transmissão da propriedade, fato da evicção, portanto (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 67). Veja-se, *ad argumentandum*, que nem mesmo na reivindicatória movida pelo evictor haverá declaração *principaliter* a respeito da propriedade, pois o direito que está em jogo, aquele que é objeto da declaração da sentença de procedência da reivindicatória, é o direito à posse e não a propriedade em si. Em ambos os casos, portanto, a propriedade é objeto de juízo incidental, enquanto, na via principal, haverá declaração sobre o direito à posse. Sobre o objeto do processo na ação reivindicatória: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais*, p. 284-295.

⁴⁷ Nesses casos, a lei determina (art. 59, §2º, da Lei 8.245/1991) que o sublocatário seja cientificado da pendência do processo para, querendo, intervir como assistente. Há boas razões para se sustentar que, nesse caso, a cientificação faz as vezes de uma citação e que o sublocatário é um litisconsorte necessário. Vide, nesse sentido: Heitor Sica: SICA, Heitor Vítor

inadimplemento (art. 59, IX, da Lei 8.245/1991). O dispositivo da sentença de procedência, fundado na certificação do inadimplemento, terá, usualmente, dois elementos: a desconstituição do contrato de locação (ou a declaração de sua inexistência, se houver cláusula resolutiva unilateral expressa⁴⁸) e a declaração de que o locador tem direito à posse⁴⁹. Também aqui, a estabilidade e a projeção externa desses elementos do dispositivo, não impediria que o sublocador, demandado pelo sublocatário a indenizar o prejuízo provocado pela extinção antecipada do contrato de sublocação⁵⁰, voltasse a controverter a respeito do inadimplemento, de modo a afastar sua culpa pela extinção antecipada.

É, ainda, o que pode se dar no caso de responsabilidade civil da Administração por ato de seus agentes. Mesmo que se exclua a culpa do agente do suporte fático do dever de indenizar da Administração, este ainda depende da existência da conduta, da imputabilidade desta ao agente público, da própria condição de agente público, do nexo causal e da existência de prejuízo. Uma vez que pague ao particular a indenização correspondente, surge para a Administração o direito de exigir o ressarcimento do próprio agente⁵¹. Por essa razão, pode-se ver uma relação de dependência entre o dever de o agente ressarcir o Estado e o dever de o Estado indenizar o particular lesado. Nesse cenário,

Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 200. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 5; CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 69-71. O interessante é notar que, mesmo na condição de litisconsorte necessário, algo que se admite aqui apenas para efeito de argumentação, o problema exposto neste parágrafo ainda se faria sentir: o juízo incidental a respeito do inadimplemento do locatário/sublocador não poderia ser oposto a este em uma segunda demanda.

⁴⁸ Parece possível que, nesse caso, não haja verdadeiro pedido declaratório quanto à inexistência do contrato, subsequente à sua resolução unilateral. Nessa condição, essa seria uma questão incidental e não comporia o dispositivo. Não se faz necessário exame mais aprofundado, nos limites do exemplo.

⁴⁹ Diz-se no mínimo porque a lei permite a cumulação de pedido condenatório relativo às prestações vencidas (art. 62, I, da Lei 8.245/1991). Deve-se observar, também, que a declaração de que o locador tem direito à posse é provida de eficácia executiva, de modo que, a depender da concepção adotada a respeito da definição analítica da condenação, pode-se desdobrar esse elemento em dois: a declaração do direito do locador à posse e a condenação do locatário ao desapossamento. Desnecessária a tomada de posição quanto a esse tema para os limites deste artigo, faz-se apenas referência ao conhecido e provocador ensaio de Barbosa Moreira a respeito da condenação: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 125-142.

⁵⁰ É o que resta para o sublocatário, nos termos do art. 15, da Lei 8.245/1991.

⁵¹ Para a desnecessidade de culpa para efeito de responsabilização do Estado e sua necessidade para que este possa exigir a reparação do agente público, vide o que se decidiu no RE 1.027.633, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 05/12/2019.

portanto, deve-se admitir que o agente público funcione como assistente da Administração no processo ajuizado pelo particular que postula a indenização⁵².

Se a estabilidade decorrente da intervenção se limitar ao dispositivo, porém, nada poderá impedir o agente público, quando demandado pela Administração, de controverter a respeito da existência de uma conduta sua, do prejuízo suportado pelo particular ou donexo causal entre este e aquela.

Casos como esses revelam uma grande injustiça, já que o assistente teria duas chances para fazer valer suas razões, tornando-o praticamente irresponsável por sua decisão de intervir.

Essa injustiça pode ser evitada se, na linha do que propõe Clarisse Leite, enxergar-se na eficácia da intervenção a estabilidade do dispositivo e dos elementos da motivação que, relevantes para a decisão proferida no processo *inter alios*, sejam igualmente componentes do suporte fático que faz nascer a situação jurídica que o assistente buscou tutelar (mediatamente) ao intervir⁵³ e, adicione-se, apenas quando esta situação jurídica estiver em jogo num processo do futuro.

Com isso, reduz-se a estabilidade dos elementos incidentais ao mínimo necessário para fazer o assistente responsável por sua intervenção, evitando-se, de um lado, a injustiça ora imaginada e, de outro, que se estabilizem elementos da motivação estranhos ao suporte fático da situação jurídica que legitimou a assistência, algo importante para evitar que o assistente seja compelido a controverter a respeito desses outros elementos apenas para evitar o risco de que, estabilizados, prejudiquem-no em processos futuros, quando já não estiver em disputa aquela situação jurídica dependente⁵⁴.

Voltando ao exemplo da evicção, no processo do adquirente/evicto contra o alienante/garante, este não poderia controverter a respeito da alienação defeituosa, já que essa era uma questão necessária para a decisão proferida no processo em que houve a assistência e é igualmente necessária para este segundo processo. Não se tornariam estáveis, porém, outros elementos da motivação

⁵² Reconhecendo a possibilidade de assistência simples, expressamente: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*, p. 638.

⁵³ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 274-275.

⁵⁴ Um dos argumentos apontados pela doutrina para demonstrar a inconveniência da formação de estabilidades fortes (como a coisa julgada) sobre juízos de fato é que, sem a referência a uma situação jurídica concreta, jamais se pode saber ao certo as consequências dessa estabilização, o que, de um lado, geraria insegurança jurídica e, de outro, incentivaria as partes (mesmo o assistente) a controverter intensamente a respeito de cada elemento de fato. Para um panorama mais amplo, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Cosa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*, p. 187-189. Em específico, afirmando que a insegurança ora ressaltada importaria em injustificado sacrifício do contraditório: PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6ª ed., Nápoles: Jovene Editore, 2014, p. 137.

da primeira decisão, como, por exemplo, se o réu estava mesmo na posse do imóvel. Do mesmo modo, ainda que seja um elemento da responsabilidade da Administração perante o particular e do agente público perante a aquela, o juízo quanto à existência da conduta tida por ilícita não seria estável se, após ser sancionado em um PAD em razão desse mesmo ato, o agente público buscasse, em demanda anulatória, a exclusão da sanção pela inexistência da conduta⁵⁵.

Em conclusão, portanto, os limites objetivos da estabilidade decisória conhecida por eficácia da intervenção são dados pelo dispositivo e pela resolução de questões incidentais que digam respeito a fatos que integrem o suporte fático da situação jurídica dependente afirmada pelo assistente para legitimar sua intervenção, ganhando estabilidade apenas nos processos em que esta situação jurídica esteja em disputa.

3. EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO: CASUÍSTICA DE SUA “SUPERACÃO”

Como se adiantou, dois são os planos em que a eficácia da intervenção se distingue da estabilidade alcançada pela decisão judicial de mérito entre as partes: seus limites objetivos e a casuística de sua superação.

Nesse segundo plano, portanto, a distinção que se coloca é entre a resistência da eficácia da intervenção e a da coisa julgada à superação.

Antes de prosseguir, deve-se afastar uma confusão que pode decorrer da forma como a doutrina costuma tratar do tema. Fala-se, usualmente, que, diante das exceções enumeradas no art. 123, o assistente poderia, em um segundo processo, afastar a eficácia da intervenção⁵⁶, dando a entender que a estabilidade se produziria em um primeiro momento, sendo desconstituída⁵⁷, por iniciativa do assistente.

⁵⁵ Não se quer, evidentemente, afirmar que o juízo do processo do passado seja absolutamente irrelevante, mas, apenas, que não existiria estabilidade a ponto de excluir a possibilidade de o servidor controverter sobre a ocorrência do fato. Não se pode excluir, por exemplo, que a decisão anterior tenha valor probatório e, com isso, interfira na formação da convicção do juiz nesse outro processo. Para a possibilidade de a decisão servir de prova dos fatos que tomou por ocorridos, veja-se, com proveito: PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Sobre a eficácia probatória da sentença. In: Revista de processo, vol. 299. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2020, p. 93-121.

⁵⁶ Vide, por exemplo: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao código de processo civil*, vol. III, p. 49. Em sentido distinto e com alguma razão, Agrícola Barbi afirmava que há uma presunção relativa de imutabilidade, que seria “desconstituída” se o assistente alegar e provar um dos fatos enumerados nos incisos do art. 55, do CPC/1973, em tudo idênticos aos do art. 123, do CPC/2015. De fato, faz sentido que o ônus de demonstrar que não se produziu a estabilidade seja do antigo assistente, sendo a isso que se prestaria essa afirmada presunção relativa: fazer pesar sobre o assistente o ônus de provar a ocorrência desses fatos.

⁵⁷ “[...] uma vez demandado em outro processo, poderá o assistente simples alegar uma dessas duas hipóteses, com o objetivo de desconstituir a eficácia da intervenção.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil - vol. I*, p. 608).

O que se passa, porém, é que, diante dos fatos enumerados nos incisos do art. 123, do CPC/2015, a estabilidade decorrente da assistência não se produz. A inoportunidade daqueles fatos, portanto, integra o suporte fático que faz surgir a situação jurídica processual⁵⁸ a que denominamos de eficácia da intervenção. Por essa razão, grafou-se a expressão “superação” entre aspas no título deste tópico.

Como nesses casos - que serão examinados a seguir - não há nenhuma estabilidade para o assistente, é fácil de aceitar que este não necessita de ajuizar uma demanda para desconstituir o que quer que seja, de modo que, em um segundo processo em que demande ou seja demandado por alguma das partes do processo em que interveio, a (in)existência dessa situação jurídica processual de estabilidade será uma questão incidental a ser resolvida como forma de se estabelecer se o dispositivo e os motivos da decisão anterior podem ser contravertidos livremente.

O perigo de não se enxergar o fenômeno como ora se propõe é ver, nessa possibilidade de “afastamento” incidental, algo formalmente distinto do que se passa com a coisa julgada. Há, é claro, uma diferença bastante evidente, mas ela não está na “forma” da superação. Também a coisa julgada, diante da objeção levantada pelas partes ou suscitada de ofício pelo juiz, pode ser “afastada” incidentalmente, sempre que isso se dê ante a consideração de que ela não se formou (porque não houve trânsito em julgado, por exemplo), não abarca os elementos sob exame (porque situados fora dos limites objetivos) ou os sujeitos envolvidos no processo (porque afirmada contra alguém que não foi parte no processo).

O que se nota, portanto, é que, no plano ora examinado, a distinção que há entre a coisa julgada e a eficácia da intervenção se dá apenas porque são distintos os suportes fáticos que condicionam sua formação.

Isso é importante para que se perceba que a distinção não se dá a partir da necessidade de ajuizamento de uma demanda típica para desconstituir a decisão - a ação rescisória - algo que pode se fazer necessário também para o assistente⁵⁹. Nesse caso, porém, os fundamentos serão aqueles típicos da

⁵⁸ A coisa julgada é uma situação jurídica processual que se produz diante de determinados fatos processuais. No regime comum, o suporte fático é bastante simplificado, formado apenas pela condição de parte do processo e pelo trânsito em julgado de uma decisão de mérito. No regime especial, esse suporte fático é mais complexo e integra os requisitos enumerados no art. 503, §§1º e 2º, do CPC/2015. Para essas ideias, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*, p. 393-397. A afirmação que se fez a respeito da eficácia da intervenção é, portanto, apenas uma adaptação dessas considerações a respeito da coisa julgada.

⁵⁹ Sobre a legitimidade do assistente para a ação rescisória, vide: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil, vol. V: arts. 476 a 565*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 168-169; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 144-146.

ação rescisória, e não os fatos enumerados nos incisos I e II, do art. 123, do CPC/2015: afirmados estes, o antigo assistente carece de interesse processual na demanda rescisória⁶⁰.

Ainda assim, porém, é inegável que a complexificação do suporte fático da estabilidade típica da assistência se reverte em uma menor (ou mais fraca) eficácia preclusiva⁶¹ se comparada com a coisa julgada, afinal, ao fim e ao cabo, permite-se ao assistente contornar a decisão proferida no passado com argumentos que poderiam ter sido apresentados no processo anterior, ou mesmo argumentos que foram apresentados pelo assistido e rejeitados pelo juiz⁶².

Feitas estas considerações, nota-se que os incisos em si, não chegam a despertar maiores divergências doutrinárias⁶³, refletindo a percepção de que a vinculação à decisão deve ser relacionada ao grau de participação que, concretamente, permitiu-se ao assistente⁶⁴.

⁶⁰ Quem não está sujeito a nenhuma forma de estabilidade decisória, carece de interesse processual na rescisão, ante a evidente falta de necessidade e utilidade. É comum se dizer, por isso, que não há interesse na rescisão de uma decisão que não transitou em julgado (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, p. 132), ou em decisões de mérito que, por qualquer motivo, não fazem coisa julgada, como as de improcedência nos processos coletivos (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil, vol. V*, p. 111). Sob o CPC/2015, o mesmo pode se dizer da resolução de questões incidentais que não preencham os requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC, situação análoga à ora cogitada. Para essas considerações e referências: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*, p. 451-452.

⁶¹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, p. 35; CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 120-121; BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 167-168.

⁶² Contornar a decisão do passado, em suma, significa a possibilidade de obter nova decisão sobre a mesma situação jurídica (do assistido e seu adversário), ainda que, cuidando-se de assistência simples, esse novo exame se faça sempre incidentalmente. Em termos mais precisos, o que o assistente evita, nesses casos, é a manifestação da função positiva da estabilidade decisória aqui chamada de eficácia da intervenção, de forma bastante semelhante à função positiva da coisa julgada. Por essa razão, não parece correta a perspectiva de Dinamarca, no sentido de que, nesse cenário, a atuação do assistente se dá sem “*infirmar a res judicata formada no primeiro processo*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, p. 58, nota n. 26). De certo, a rediscussão da decisão anterior, nesse segundo processo, não tem caráter revogatório ou substitutivo daquela. Por outro lado, uma das dimensões da eficácia da intervenção e da coisa julgada é, justamente, a aptidão para fazer a decisão do passado se impor às partes quando o elemento estabilizado surja incidentalmente em processos do futuro. Por isso, sempre que, por qualquer razão, permite-se essa rediscussão e, frise-se, entre sujeitos que foram partes no processo em que proferida a decisão, infirma-se a estabilidade decisória, ainda que de forma autorizada pelo sistema.

⁶³ CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 120-121.

⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao código de processo civil, vol. III*, p. 49; BENEDEZZI, Renato Resende. *Comentários ao código de processo civil, vol. II*, coment. ao art. 123, n. 2.

O inciso I, do art. 123, do CPC/2015, reflete duas situações distintas, mas unidas pelo fato de que resultam, em alguma medida, na impossibilidade de o assistente deduzir livremente suas razões. Na primeira parte, o empecilho decorre da preclusão, já que, “recebendo o assistente processo no estado em que se encontra” (art. 119, par. único), sujeitar-se-á às preclusões já operadas, regra que tem a nítida finalidade de impedir o retrocesso do procedimento⁶⁵. Na segunda parte, o empecilho decorre das limitações impostas à sua atuação pela vontade do assistido.

O inciso II, diferentemente, cuida da hipótese que, mais propriamente, pode-se identificar com o brocardo latino *exceptio male gestii processus*⁶⁶, excluindo a estabilidade para o assistente quando desconhecia provas ou alegações de que o assistido não se valeu por dolo ou culpa.

Embora o estudo da doutrina brasileira indique não haver maiores divergências quanto à interpretação desses dispositivos, há circunstâncias que podem gerar alguma dúvida, embora se deva reconhecer a dificuldade de ocorrerem na prática. Não é objetivo deste artigo analisar em pormenores essa casuística, mas, como se passará a seguir, comparar a disciplina da eficácia da intervenção com a do regime especial de formação da coisa julgada. Ainda assim, levantam-se algumas indagações, apenas para demonstrar que a concordância doutrinária não pode ser imputada a uma suposta facilidade na interpretação desses dispositivos.

O primeiro ponto que gera alguma perplexidade é o fato de o inc. I, ao menos numa primeira aproximação, condicionar a relevância do momento do ingresso e do comportamento do assistido à consequência de impedirem a produção de provas pelo assistente⁶⁷. Nesse cenário, em certo sentido, mais literal, esses mesmos fatos não excluiriam a estabilidade para o assistente quando, prejudicando sua atuação de outra forma, não impedissem a produção de prova.

Assim, por exemplo, em um caso no qual o assistente tenha ingressado prematuramente no processo e o assistido em nada tenha embarçado suas iniciativas probatórias, a eficácia da intervenção se produziria normalmente

⁶⁵ MAURICIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil*, p. 90-91.

⁶⁶ Embora a doutrina se utilize do brocardo para denotar todas as hipóteses em que a eficácia da intervenção é afastada (p. ex.: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 279; DIAS, Handel Martins. *Eficácia da assistência: a vinculação do assistente à justiça da decisão*, n. 6), parece bem evidente que não se pode associar as hipóteses do inc. I a alguma “má gestão” do processo. Para ficar em apenas um exemplo, basta pensar na hipótese em que há atos dispositivos do direito material, quando não seria preciso falar de “gestão do processo” e, muito menos, de “má gestão”. A exceção ao que ora se afirma está, justamente, em hipóteses nas quais os atos de disposição têm intuito fraudatório, o que, porém, reconduz-se ao inciso II.

⁶⁷ A relação fica clara, por exemplo, no exame que fez Ubiratan do Couto Maurício, ou, mais recentemente, Handel Martins Dias: MAURÍCIO, Ubiratan do Couto. *Assistência simples no direito processual civil*, p. 133-134; DIAS, Handel Martins. *Eficácia da assistência: a vinculação do assistente à justiça da decisão*, n. 6.

mesmo que o assistido renunciasse ao direito de apelar, impedindo, com isso, a admissão do recurso do assistente⁶⁸.

Se, de um lado, é questionada a identificação do duplo grau de jurisdição como um requisito ineliminável do devido processo legal, de outro, afirma-se que a recorribilidade o é⁶⁹. Nesse cenário, mesmo que não impeça a produção de prova por parte do assistente, no caso ora imaginado, o comportamento do assistido suprime a possibilidade de recurso, o que parece ser um excelente motivo para excluir a formação da estabilidade para o assistente.

Outro ponto que pode despertar dúvidas é o que se refere à extensão da capacidade do assistido de obstar, com sua vontade, as iniciativas probatórias do assistente. Há boas razões para se sustentar que, no campo da prova e da formulação de alegações de fato e de direito, não possa o assistido impedir eficazmente a atuação do assistente⁷⁰. A principal delas é que, permitindo o sistema a

⁶⁸ Embora tenha havido, no passado, alguma divergência, pode-se afirmar, com arrimo na jurisprudência do STJ, que a omissão do assistido não obsta o recurso do assistente, o que ocorre apenas na hipótese em que tenha renunciado ao direito de recorrer: EREsp n. 1.068.391/PR, relator Ministro Humberto Martins, relatora p/ o acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe de 7/8/2013.

⁶⁹ Sem a pretensão de esgotar o tema, parece correta a perspectiva de que são inconstitucionais restrições injustificadas à recorribilidade, ainda que a um órgão do mesmo escalão hierárquico. Para um cotejo das diferentes posições e defendendo a posição ora adotada: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Duplo grau de jurisdição e “teoria da causa madura” no novo código de processo civil. In: MACÊDO, Lucas Buri; et. al. (Org.). *Novo CPC - doutrina selecionada*, v. 6: *processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 589-592; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 51-58.

⁷⁰ Para o ponto, vide: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 115-116. Essa a perspectiva de Fabbrini, que, conclui que o interveniente adesivo, por ser legitimado extraordinário, detém os mesmos poderes processuais do assistido, que é o legitimado ordinário. A situação, pois, é semelhante ao litisconsórcio unitário, com o detalhe de que, por não ser titular do direito substancial, o interveniente adesivo nada pode fazer contra os atos de disposição material, únicos em que a vontade do assistido seria capaz de se sobrepor à do interveniente: FABBRINI, Giovanni. *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, p. 292 e ss. Com isso, não se quer, simplesmente, aderir à tese do italiano, sujeita a uma série de exceções justificadas ante a peculiaridades daquele sistema. A intenção é, apenas, ressaltar sua consistência e demonstrar que este é um campo pouco explorado, à exceção, evidentemente, de Lia Cintra. A adoção de uma posição definitiva desborda dos limites deste trabalho. A perspectiva, reconhece-se, é oposta à posição majoritária da doutrina brasileira, que, dando excessivo valor à condição de parte “não principal”, costuma negar ao assistente simples a possibilidade de praticar atos processuais contrários à vontade expressa do assistido em qualquer caso. Nesse sentido, por exemplo: MAURÍCIO, Ubiratan do Couto. *Assistência simples no direito processual civil*, p. 133-134; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*, p. 146-147; BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 149-151; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao código de processo civil*, vol. III, p. 38; SAMPAIO, Marcos Vinícius de Abreu. *Comentários aos arts. 119 a 124*. coment. ao art. 123, n. 2; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 451; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 604-605.

assistência simples, não faria sentido conferir ao assistido a absoluta capacidade de obstar a atuação do assistente. Fosse assim, melhor seria, simplesmente, condicionar a assistência à aceitação do assistido.

Por esse caminho, pode-se sustentar que os únicos atos que o assistido pode praticar de modo a tolher posições processuais do assistente, são aqueles que dizem respeito à própria disposição do direito material, a transação, por exemplo, e, no campo processual, aqueles que sejam causativos ou determinantes⁷¹, como o reconhecimento do pedido, a renúncia à pretensão ou a desistência da demanda, únicos⁷², inclusive, que são expressamente enumerados no art. 122, que nada diz, por exemplo, da contrariedade que se dê a respeito de um requerimento probatório. Só nessas hipóteses, portanto, atos do assistido bloqueariam, de forma mediata, iniciativas probatórias do assistente.

O que se deve ressaltar, porém, é que a interpretação do alcance da segunda parte do inciso I, do art. 123, é estritamente relacionada ao grau de subordinação que se impõe à atuação do assistente, de modo que, a prevalecer a posição mais tradicional com relação aos poderes do assistente (simples) muito maiores são as chances de que, ao fim, não se submeta à estabilidade da decisão, já que maiores serão as oportunidades para que o assistido impeça suas iniciativas.

Embora o exame, até aqui, tenha recaído apenas sobre a assistência simples, mesmo sem adentrar ao espinhoso tema da assistência litisconsorcial⁷³, parece perfeitamente possível e, mais que isso, necessário, estender a essa espécie a aplicação do art. 123, do CPC/2015.

Isso porque, se, de um lado, o assistente litisconsorcial, diferentemente do simples (art. 122, CPC/2015), tem a capacidade de impedir a eficácia dos

⁷¹ Causativos (ou determinantes) são os atos das partes que “operam seu efeito na situação processual de imediato e por si próprios”, enquanto os indutivos “são destinados a obter do juiz um provimento favorável e, pois, influir sobre sua convicção a respeito da procedência das razões da parte que realiza o ato” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, vol. 1. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 324). A inspiração para essa abordagem é a utilidade da categoria no estudo de Barbosa Moreira a respeito do litisconsórcio unitário: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 161-175.

⁷² Embora a própria renúncia ao recurso não conste do rol, pode ser ali inserido mediante interpretação analógica, já que é um ato causativo, como reconheceu Barbosa Moreira em seu estudo do regime litisconsorcial: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*, p. 161.

⁷³ Não se dedicando este trabalho a estabelecer uma distinção entre essas espécies, basta que se exponha a adoção da ideia de que o assistente litisconsorcial é o sujeito que intervêm por ser, de alguma forma, cotitular do direito disputado entre as partes, substituído processual (i.e., titular exclusivo daquele direito), ou colegitimado extraordinário. Para o ponto, vide o artigo escrito em coautoria com Daniela Bermudes Lino, já referido: LINO, Daniela Bermudes; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Intervenção litisconsorcial voluntária: da intervenção litisconsorcial ao ingresso mediante cumulação ulterior de demandas*, p. 226-229, para referência a outros entendimentos, p. 226, notas n. 18 e 19.

atos de disposição material e processual (a ele se aplica, *tout court*, o regime do litisconsórcio unitário⁷⁴), é perfeitamente possível que seja incapaz de exercer influência sobre a decisão a depender do momento em que ingresse no processo e, da mesma forma, de atos dolosos ou culposos do assistido.

Nesse sentido, se a justificativa para os incisos do art. 123 é impedir a formação da estabilidade para o assistente que não teve plenas oportunidades de influenciar a decisão, não há razão para que deixem de ser aplicados ao assistente litisconsorcial⁷⁵, já que este também pode se encontrar nessas situações.

4. ASSISTÊNCIA, EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO E O REGIME ESPECIAL DE FORMAÇÃO DA COISA JULGADA

4.1. Regime especial e interesse jurídico na resolução de questão incidental

O primeiro ponto a ser tratado diz respeito a uma possível ampliação das hipóteses em que a assistência é cabível, a partir da percepção de que, no regime especial de formação da coisa julgada, a resolução da questão prejudicial, quando preenchidos os requisitos pertinentes, produz a mesma eficácia e se sujeita à mesma estabilidade do dispositivo decisório⁷⁶. A questão pode ser posta nos se-

⁷⁴ LINO, Daniela Bermudes; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Intervenção litisconsorcial voluntária: da intervenção litisconsorcial ao ingresso mediante cumulação ulterior de demandas*, p. 228.

⁷⁵ Não se compreende, por isso, a conclusão de Lia Cintra: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 118. Boa parte dos autores consultados não chega a refletir a respeito da aplicação dos incisos I e II, do art. 123, do CPC/2015, ao assistente litisconsorcial, limitando-se a debater se este fica sujeito apenas ao dispositivo, a elementos da motivação, ou a ambos. Vejam-se, para essa discussão, as referências da nota n. 14, supra. No mesmo sentido ora exposto, vide, Pontes de Miranda (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil, t. II*, p. 82) e Ubiratan Maurício, este último, inclusive, para referência a outros autores, que não foi possível consultar diretamente, vide: MAURÍCIO, Ubiratan do Couto: *Assistência simples no direito processual civil*, p. 130.

⁷⁶ É a posição adotada na maior parte dos trabalhos a respeito do tema, incluindo o autor deste artigo. Para mais referências, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 117-118 e 230-233. Exceção, nessa parte, é a posição de Clarisse Leite, para quem a resolução de questões incidentais, preenchidos os requisitos, não produz eficácia substancial, mas apenas processual (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Eficácia e estabilidade da solução de questão prejudicial incidental*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; et al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 281-282). Segundo a autora, esses juízos teriam a aptidão de se impor sobre processos do futuro - ainda que sujeitos a uma eficácia preclusiva mais tênue (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Eficácia e estabilidade da solução de questão prejudicial incidental*, p. 290-292) - mas jamais teriam a mesma eficácia substancial de dispositivo. Não há espaço, neste trabalho, para aprofundamento ou crítica a essa tese. Cumpre observar,

guintes termos: se elementos da motivação podem adquirir eficácia extraprocessual, é possível que gerem interesse jurídico a ponto de permitir a assistência?

A resposta, embora possa parecer paradoxal, é que sim, a eficácia produzida nesses casos, por ser a mesma que se desprende do dispositivo, pode configurar interesse jurídico idêntico ao que se exige do assistente; porém, não deve autorizar a assistência.

Deve-se ter em conta, em primeiro lugar, que, embora haja bons motivos de ordem constitucional para que exista uma espécie interventiva (como a assistência) para que terceiros possam fazer valer seus interesses jurídicos em processos *inter alios*, esse não é um imperativo⁷⁷, o que fica evidente da simples constatação de que a proibição à intervenção de terceiros é uma das formas de especializar procedimentos em relação ao procedimento comum⁷⁸. Da simples existência de interesse jurídico, portanto, não decorre, automaticamente, o direito de intervir.

Em segundo lugar, é de se considerar que toda a intervenção voluntária - de que a assistência é uma espécie - faz-se independentemente e mesmo contra a vontade das partes, que devem suportar a complexificação subjetiva do processo e, notadamente, a prática de atos processuais no interesse do assistente.

Permitir a assistência - em grau abstrato -, portanto, é ponderar esses interesses em conflito para fazer a decisão política pender em favor do terceiro,

porém, que, mesmo no grupo majoritário, há grandes diferenças na forma como descrevem como opera o regime especial do art. 503, §§1º e 2º, do CPC. Não havendo espaço para aprofundamento, adota-se a perspectiva de que a extensão da coisa julgada aos motivos não passa por uma ampliação do objeto do processo ou da decisão, mas, simplesmente, pela atribuição de eficácia e estabilidade à juízos incidentais, que não perdem a natureza incidental, como se vê em: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 215-219; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 111-119 e p. 275-279.

⁷⁷ A única hipótese que seria verdadeiramente uma imposição constitucional é a do substituído processual, justamente porque, sujeitando-se à coisa julgada, seria a única categoria a quem não socorreriam as vias processuais ordinárias.

⁷⁸ É o caso do procedimento a que se submetem as ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, nos termos dos arts. 7º e 18, da Lei 9.868/1999, e do procedimento perante os juizados especiais, consoante o art. 10, da Lei 9.099/1995. Este último o que permite reflexões mais ricas, porque, em princípio, os direitos tutelados são substancialmente idênticos aos que o seriam pela via ordinária. Justamente por isso, parece claro que essa vedação, em uma interpretação conforme a Constituição, jamais poderia ser oposta a um substituído processual. Lia Cintra cogita de inconstitucionalidade inclusive com relação à vedação à assistência simples: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 111. Segundo a autora, isso se justificaria porque, mesmo nesses casos, poderia haver situações em que assistência simples seria a única via para a defesa dos interesses do assistente. Admitindo-se, porém, que nos casos de dependência substancial nunca há extensão da coisa julgada a terceiro, não haveria hipótese como a imaginada pela autora, razão pela qual a interpretação conforme à Constituição ora proposta seria necessária apenas para permitir o ingresso dos substituídos processuais.

autorizado a intervir. Nessa ponderação, um dado decisivo - ainda que não o principal⁷⁹ - é a utilidade da intervenção do terceiro na prevenção de decisões em incompatibilidade lógica e na promoção de economia processual⁸⁰. Se é certo que o ingresso do terceiro pode resultar em um processo menos célere, de outro, é possível que previna litígios futuros ou, ao menos, reduza-lhes a complexidade.

Voltando às questões resolvidas na motivação, deve-se ter sempre em mente que sua função é, antes de tudo, a produção de eficácia interna ao processo e à decisão, tornando devida uma determinada conclusão. Apenas quando preenchidos requisitos especiais é que adquirem, como um efeito anexo, aquela eficácia e estabilidade extraprocessual típicas de dispositivo. Se, quanto a este, sempre se sabe que produzirá efeitos para fora do processo, com relação às questões incidentais isso é sempre incerto, não só porque incerto é o preenchimento dos requisitos, mas, especialmente, porque sua própria resolução pode deixar de ocorrer sem que isso signifique alguma invalidade processual⁸¹. Em circunstâncias não patológicas, portanto, deduzido um pedido, este será respondido e essa resposta produzirá eficácia externa; algo que não se pode afirmar diante de uma questão incidental.

Por essa razão, partindo do pressuposto de que a atribuição de eficácia externa e formação de coisa julgada sobre elementos da motivação é apenas eventual, jamais se podendo antecipar se, concretamente, serão cumpridos os requisitos, não parece justificável a prevalência dos interesses dos terceiros sobre os interesses das partes a ponto de se autorizar a intervenção voluntária: nem mesmo o interesse público na prevenção a incompatibilidades lógicas parece justificar essa intervenção⁸², já que o processo se tornaria mais complexo

⁷⁹ É correta, por isso, a crítica de Lia Cintra aqueles que atribuem à assistência o “papel missionário” de evitar contradições lógicas (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 96-97). O que ora se propõe é que essa aptidão (que parece acima de quaisquer dúvidas) seja enfocada não como uma razão que animaria o próprio terceiro a intervir, mas, mais propriamente, um elemento a ser levado em conta pelo legislador ao instituir figuras interventivas, e, pois, pela a doutrina na interpretação dos dispositivos que tratem do tema.

⁸⁰ Sobre a economia processual e sua relação com a intervenção de terceiros, veja-se: BUE-NO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18-20.

⁸¹ É o que se passa, por exemplo, quando a resolução de uma questão incidental torna desnecessário o exame das demais. Nesses casos o que importa para a validade da decisão é que se cumpra o dever de motivar: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 321-325; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 285-288.

⁸² Essas considerações se somam às apresentadas no trabalho a respeito do regime especial da coisa julgada, para concluir que questões incidentais não tornam necessária a formação de litisconsórcio, mesmo quando recaiam sobre a existência de uma situação jurídica plurissubjetiva que, se fosse uma questão principal, tornaria o litisconsórcio necessário. Naquele estu-

sem que se soubesse ao certo se, ao fim, a questão incidental seria resolvida e, mesmo que fosse, se adquiriria eficácia externa e estabilidade.

A conclusão, portanto, em resposta à pergunta formulada no início do tópico, é que a instituição do regime especial não resulta, necessariamente, na admissão de assistência fundada exclusivamente no interesse jurídico que pode existir na solução de uma questão incidental no processo pendente *inter alios*.

4.2. Limites objetivos da eficácia da intervenção e da coisa julgada no regime especial: uma comparação

Como se concluiu no tópico 3, a estabilidade da decisão perante o assistente recai sobre o dispositivo, mas pode se estender a elementos da motivação, quando estes forem comuns à situação jurídica disputada no primeiro processo e aquela afirmada pelo assistente para justificar sua intervenção.

Essa distinção quanto aos limites objetivos era uma particularidade muito clara da eficácia da intervenção em comparação à coisa julgada, que, até o advento do CPC/2015, era restrita ao dispositivo decisório. A pergunta que se pode fazer é: a possibilidade de extensão da coisa julgada a elementos da motivação, pela via do regime especial, eliminou completamente a distinção entre coisa julgada e eficácia da intervenção a partir dos limites objetivos?

A resposta há de ser negativa e a razão para tanto está na diversidade de elementos que podem ser alcançados: se o regime especial apenas alcança elementos que possam ser objeto de uma demanda autônoma (art. 503, §1º, III, do CPC/2015)⁸³, a eficácia da intervenção quando se estende a elementos da motivação, alcança primordialmente elementos que não preenchem esse requisito.

Admitidos os argumentos expostos no tópico 3, a redução da eficácia da intervenção a uma simples manifestação do regime especial de formação da coisa julgada retiraria a aptidão daquela estabilidade para fazer o assistente res-

do, cuidou-se de afastar a ideia de que a violação à necessidade do litisconsórcio resulta em alguma consequência para a coisa julgada no regime comum, para, a partir disso, afirmar que, no regime especial, além de não haver necessidade expressa, sempre se poderiam contornar os problemas relacionados à sujeição dos terceiros à eficácia produzida por esses elementos incidentais: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 366-382. O que faltou, naquela oportunidade, foi alguma reflexão sobre a razão pela qual seria inconveniente a imposição do litisconsórcio necessário, o que se pode fazer pelo caminho ora exposto em relação à assistência. Em sentido contrário, sustentando que, nesse caso, a resolução da questão incidental não produz efeitos ou adquire estabilidade fora do processo, vide, p. ex.: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, p. 124-125.

⁸³ Para o ponto: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 229-221; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 297-300. Em sentido contrário, aplicando o regime especial a elementos que não correspondem à estrutura mínima do objeto do processo: MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 234-237.

pensável perante o assistido nos casos da evicção, da sublocação e da responsabilidade civil do estado: a certificação do defeito do negócio em operar a transmissão⁸⁴, do inadimplemento do sublocador e da existência denexo causal não preencheriam o requisito do art. 503, §1º, III, do CPC/2015.

O que se nota, portanto, é que, no plano dos limites objetivos, ainda que ambos os mecanismos resultem na estabilização de elementos da motivação, o alcance da coisa julgada é significativamente mais restrito.

Ainda no que se refere aos limites objetivos, há outra importante distinção a se destacar.

É que os requisitos do regime especial (tratados, superficialmente, a seguir) condicionam apenas a extensão da coisa julgada a elementos da motivação, sem nada impactar sobre a própria formação de coisa julgada sobre o dispositivo⁸⁵. Ausente qualquer desses requisitos, não se forma coisa julgada sobre a resolução de questões prejudiciais (ou alguma em específico), formando-se coisa julgada normalmente sobre o dispositivo.

Diferentemente, quando se veem os incisos I e II do art. 123 como uma enumeração dos requisitos para que se produza a eficácia da intervenção e adotada a perspectiva que se propôs no tópico 2, nota-se que a ocorrência de qualquer dos fatos enumerados naquele rol impede que se estabilizem, para o assistente, tanto o dispositivo quanto alguns elementos da motivação.

Essa constatação, por si só, é suficiente para que se chegue a uma importante conclusão: se, para o assistente, a estabilidade de toda a decisão (dispositivo e motivos) não se forma nos casos do art. 123, do CPC/2015 e, se a resistência à superação é um requisito diferenciador das estabilidades decisórias entre si⁸⁶, é imperioso concluir que a eficácia da intervenção é uma espécie distinta da coisa julgada em seus dois regimes.

⁸⁴ Em princípio, a própria invalidade ou ineficácia do negócio jurídico frente ao evictor é um elemento que preenche o requisito do art. 503, §1º, III, do CPC/2015. Mas, para que o alienante responda pela evicção, não basta que o negócio seja inválido, mas que essa invalidade seja a ele imputável e funcione como causa da redução da utilidade do direito transmitido. Assim, mesmo que a própria invalidade ou ineficácia do negócio translativo se estabilize, pela via do regime especial, não se estabilizariam os juízos sobre o nexo desse elemento e o fato da evicção, ou, o que é o mesmo, entre a conduta do alienante e o prejuízo causado ao adquirente.

⁸⁵ Para um bom exemplo, a inobservância do contraditório prévio à solução de uma questão prejudicial - imagine-se o reconhecimento de ofício da nulidade de um contrato, sem prévia oportunidade para manifestação das partes - impede que, sobre esse elemento incidental, forme-se coisa julgada. Impede-o o art. 503, §1º, II, do CPC/2015. Ainda assim, transitando em julgado a sentença de improcedência, sobre esse dispositivo se formará coisa julgada, mesmo que, a toda evidência, cuide-se de uma decisão inválida, por violação ao contraditório. Para o ponto e o exemplo, vide: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 531; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 297-300.

⁸⁶ É um dos critérios propostos por Bruno Lopes: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *A estabilidade das decisões judiciais*, p. 166.

Quanto ao dispositivo, isso seria verdade ainda que os requisitos da eficácia da intervenção e do regime especial da coisa julgada fossem os mesmos: como neste último os requisitos só se referem à extensão da coisa julgada a elementos da motivação, para o assistente, haveria sempre a possibilidade, que não existe para as partes, de escapar à estabilidade do próprio dispositivo.

Resta, porém, verificar se os requisitos (o suporte fático) de uma e outra espécie de estabilidade decisória são os mesmos.

4.3. Requisitos para produção da eficácia da intervenção e para a extensão da coisa julgada no regime especial: uma comparação

Outra peculiaridade da eficácia da intervenção que é apontada em distinção à coisa julgada é sua resistência à superação.

Segundo se argumentou no tópico 3, essa é uma distinção que se dá pela diferença dos suportes fáticos que fazem nascer, de um lado, a coisa julgada e, de outro, a eficácia da intervenção. Afastou-se, por isso, a ideia de que essa seja uma peculiaridade relacionada à própria forma de “superação”, já que, tanto a existência de coisa julgada quanto da eficácia da intervenção são examinadas incidentalmente. O que exige uma decisão pela via principal e sob um procedimento especial é a rescisão da decisão, possibilidade que se abre ao assistente ou ao assistido.

O mesmo se pode dizer em uma comparação entre a “superação” da eficácia da intervenção e a coisa julgada sobre questão: a distinção se dá pelos distintos elementos dos suportes fáticos que produzem uma e outra estabilidade.

Ocorre que, quando se olha para os requisitos para que se forme a coisa julgada no regime especial e para os que condicionam a produção da eficácia da intervenção, pode-se notar que ambos os conjuntos são significativamente mais complexos e casuísticos que o conjunto que produz a coisa julgada sobre o dispositivo.

Nesse sentido, portanto, quando se tem em conta essa maior complexidade, é inegável que há uma semelhança entre os suportes fáticos da eficácia da intervenção e da coisa julgada no regime especial: ambos exigem algo a mais que a simples existência de uma decisão de mérito transitada em julgado⁸⁷.

⁸⁷ Armado esse conjunto de ideias de outra forma, pode-se dizer que os suportes fáticos da coisa julgada no regime comum, da coisa julgada no regime especial e a eficácia da intervenção tem dois elementos em comum: (i) o trânsito em julgado (ii) de uma decisão de mérito. O que particulariza, sob esta ótica, essas diferentes estabilidades é o que se exige além desses elementos em comum para que se formem: a coisa julgada no regime comum não exige mais nada; a coisa julgada no regime especial exige o preenchimento dos requisitos do art. 503, §§1º e 2º (alguns positivos e outros negativos); e a eficácia da intervenção exige os requisitos negativos do art. 123, I e II.

Não interessa ao presente trabalho dissecar os requisitos do regime especial⁸⁸, mas, apenas, compará-los com os requisitos da eficácia da intervenção. Nessa comparação, deve-se ter em mente o que se ressaltou ao fim do tópico antecedente: os requisitos do regime especial cuidam, apenas, da extensão da coisa julgada a elementos da motivação, enquanto os da eficácia da intervenção dizem respeito ao dispositivo e, eventualmente, aos elementos da motivação.

Pensando-se nos requisitos do regime especial que excedem os da eficácia da intervenção, há dois, que decorrem do mesmo dispositivo (art. 503, §1º, III, do CPC/2015). Um deles já foi mencionado e é desnecessário novo exame: a exigência de que o elemento incidental de que se cogita a estabilização corresponda à estrutura mínima do objeto de um processo. O outro é a exigência de que o juízo perante o qual corre o processo seja competente para resolver, como se fosse principal, a questão examinada incidentalmente⁸⁹. Não se exige nada parecido em relação à eficácia da intervenção e, recaindo essa possibilidade, especialmente, sobre elementos fáticos (como o inadimplemento, o defeito de um negócio e a culpa), não faria sentido se cogitar de alguma competência especial.

Também excedente é o requisito negativo relacionado à revelia. Embora haja alguma divergência a respeito de seu real significado (se referido à revelia como fato⁹⁰ ou a seus chamados efeitos materiais⁹¹), é certo que, em algum sentido, quando há revelia, não há coisa julgada sobre elementos da motivação. Diferentemente, para a eficácia da intervenção, a revelia em si é irrelevante, desde que, por si só, não impeça o assistente de alegar e provar (art. 123, I, segunda parte, do CPC/2015)⁹².

⁸⁸ Uma boa forma de os organizar é os dividindo em intrínsecos, quando se refiram ao próprio elemento de que se cogita a estabilização, e extrínsecos, quando digam respeito a fatos ocorridos no curso do processo ou de regras do próprio procedimento em si (OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 248-249). Segundo esse sistema, os requisitos intrínsecos podem ser armados da seguinte forma: a questão deve ser (a) prejudicial, (b) incidental, (c) resolvida expressamente, (d) dela deve depender o sentido em que resolvido o mérito e (e) capaz de constituir objeto de um processo autônomo. Já os extrínsecos são: (i) deve ter havido contraditório prévio e efetivo, em processo sem revelia; (ii) o juízo deve ser competente para o processo em que a questão incidental fosse principal; (iii) ausência de restrições probatórias e limitações à cognição. Para essa enumeração, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 256-257 e p. 311.

⁸⁹ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 542-543; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 336-338.

⁹⁰ Por razões diferentes: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 532; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 331-335.

⁹¹ Por exemplo: SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 247-248.

⁹² No caso de revelia do assistido, diz o art. 122, que o assistente é considerado seu “substituto processual”. Esse dispositivo substitui o art. 52, par. único, que dizia funcionar o assistente como “gestor de negócios”. De fato, a menção à gestão de negócios era equívoca e transplantada sem muita reflexão do direito civil. Por isso, mereceu justas críticas de Lia

Se esses são requisitos nitidamente distintos, há outros que, quando se pensa na possibilidade aventada anteriormente, de que a eficácia da intervenção se estenda para elementos da motivação, são bastante semelhantes.

É o caso de dois requisitos que se constroem a partir do §1º, do art. 503: a questão deve ser expressamente resolvida⁹³ e deve ser prejudicial ao mérito⁹⁴. A aplicação desses mesmos requisitos à extensão da eficácia da intervenção a elementos da motivação é intuitiva, já que, primeiro, seria absurdo imaginar a estabilização de elementos da motivação que não existem e, segundo, o pertencimento desses elementos ao suporte fático tanto da situação jurídica disputada pelas partes quanto da situação jurídica afirmada pelo assistente faz com que sempre se erijam em questões prejudiciais⁹⁵.

Há, por fim, dois requisitos do regime especial que, embora semelhantes aos da eficácia da intervenção, são distintos em sua aplicação.

O primeiro deles é a exigência de prévio e efetivo contraditório (art. 503, §1º, II, do CPC/2015). Também aqui, há grande divergência a respeito do alcance do dispositivo. A perspectiva que se entende correta, porém, permite diferenciar essa exigência em relação à correlata na disciplina da eficácia da intervenção.

Cuida-se da ideia de que, para o preenchimento do requisito, não basta que se oportunize o contraditório prévio, mas que ele seja efetivamente exercido, com alguma forma de resistência à afirmação do elemento prejudicial⁹⁶.

Cintra: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 116-117. As críticas da autora se estendem à ideia de que se trate de “substituição processual”, já que, ainda que se possa sustentar, com razão, que o assistente é um legitimado extraordinário subordinado, essa subordinação significa, justamente, que ele não é propriamente um substituto. Mais que isso, a autora demonstra a desnecessidade dessas figuras, já que a revelia do assistido não impediria a prática de quaisquer atos pelo assistente, percepção que é reforçada pela consagração do entendimento de que mesmo o revel que sofra os efeitos da revelia pode postular a produção de provas, o que reduz à “presunção de veracidade” a uma regra de ônus probatório (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019 p. 618-619 e 620-621). Questão interessante é saber se a intervenção tempestiva do assistente, a ponto de praticamente contestar, como se réu fosse, afastaria a vedação à formação de coisa julgada no regime especial para o réu revel. Pensa-se que não, justamente por não se poder erigir o assistente a um substituto do réu. O tema, porém, desborda dos limites deste estudo.

⁹³ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 518-519; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 279.

⁹⁴ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 216-217; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 273. Em sentido contrário, por exemplo: SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*, p. 204.

⁹⁵ Embora não afirme a prejudicialidade, em certo sentido, pressuposta, Clarisse Leite ressalta que não devem se estabilizar para o assistente os *obiter dicta*: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 274.

⁹⁶ Sobre a necessidade de efetiva reação e resistência, mas com alguma distinção quanto a este último ponto: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 532-533; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 313-314.

Passando-se à eficácia da intervenção, parece claro que a simples possibilidade de se manifestar, porque ingressou a tempo de o fazer e porque não houve ato impeditivo do assistido, é o que basta para se afastar a configuração da hipótese do art. 123, I, do CPC/2015. O que importa, portanto, é que o assistente possa se manifestar e requerer provas, pouco importando se o fez. Nesse cenário, estará sujeito à estabilidade do dispositivo e, se necessário, de elementos da motivação.

Outro requisito do regime especial que pode gerar alguma confusão é o do art. 503, §2º, do CPC/2015, que exclui a formação de coisa julgada sobre elementos da motivação quando “houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”.

Como não poderia deixar de ser, a doutrina diverge sobre a interpretação desse dispositivo, havendo quem sustente que o exame desse requisito se faz em concreto⁹⁷, a partir do que efetivamente ocorrer no processo, enquanto outros sustentam que a análise se faz em abstrato, à luz da estrutura do procedimento⁹⁸. Assim, por exemplo, para o primeiro grupo não se formaria coisa julgada sobre questão sempre que fossem indeferidas provas necessárias para o deslinde da questão⁹⁹. Diferentemente, para o segundo, a coisa julgada deixa de se estender à motivação apenas quando as limitações de que ora se cogita sejam impostas pelas regras que conformam o procedimento, como se dá, por exemplo, no mandado de segurança¹⁰⁰.

Caso se adote a primeira corrente exemplificada, há, de fato, uma grande aproximação entre esse requisito e a disciplina da eficácia da intervenção, já que, nesta, deixa de se produzir a estabilidade sempre que, concretamente, houver restrição às iniciativas probatórias do assistente, seja por interferência do assistido, seja em razão do momento em que se dá o ingresso.

Adotada, porém, a segunda corrente, à qual o autor deste artigo se filia, a semelhança se reduz significativamente, já que o exame do art. 503, §2º, do CPC/2015, passa a ser feito em abstrato, à luz das regras do procedimento,

Sustentando que a simples oportunidade é o que basta, vide, por exemplo: LUCCA, Rodrigo Ramina de. Os limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil. In: *Revista de processo*, vol. 252, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, n. 4.5. Sustentando que não se faz necessária a resistência, bastando qualquer manifestação e, até mesmo, a confissão: SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*, p. 235.

⁹⁷ É o que sustenta, por exemplo: SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*, p. 252. Para mais referências, vide: Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 347, nota n. 976.

⁹⁸ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 550-551; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 348-350.

⁹⁹ Expressamente, com esse exemplo, veja-se: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa julgada & questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 427-428.

¹⁰⁰ Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 347.

pouco importando, para este requisito em específico, o que se passou concretamente no processo.

A partir de todas essas considerações, há de se concluir que, embora haja semelhanças, são distintos os requisitos que compõem o suporte fático da coisa julgada que se forma sobre elementos da motivação e os que compõem o suporte fático da eficácia da intervenção.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eficácia da intervenção, sob o CPC/1973, distinguia-se da coisa julgada em dois planos: (i) quanto aos limites objetivos, podia alcançar, em determinadas circunstâncias, elementos da motivação; (ii) quanto à possibilidade de superação, sujeitava-se a um suporte fático mais complexo.

Sob o CPC/2015, as distinções foram suavizadas, pois, com o regime especial, a coisa julgada: (i') também pode alcançar elementos da motivação; (ii') nesse regime, sujeita-se a um suporte fático mais complexo que o do regime comum.

Ainda assim, há distinções nos dois planos, o que basta para que se sustente que se trata de duas espécies de estabilidade decisória diferentes.

No que se refere aos limites objetivos: (i.a) os requisitos do regime especial se referem apenas à extensão da coisa julgada aos motivos, nada significando para o dispositivo, enquanto os requisitos da eficácia da intervenção condicionam a estabilidade do dispositivo e dos motivos para o assistente; (i.b) os motivos alcançados pelo regime especial são apenas os que preenchem a estrutura mínima de um processo autônomo, enquanto os alcançados pela eficácia da intervenção não se sujeitam a essa limitação.

No que se refere aos requisitos que formam o suporte fático de cada uma dessas estabilidades decisórias e, pois, se relacionam com o juízo futuro a respeito de sua formação, há semelhanças e distinções claras de um lado e, de outro, uma zona mais duvidosa.

As distinções claras são, no regime especial, a exigência de que o elemento tenha a estrutura mínima capaz de ser objeto de um processo autônomo, de que o juízo seja competente para dela conhecer se fosse principal e de que não haja revelia. Nenhum desses requisitos é sequer análogo a algum erigido à formação da eficácia da intervenção.

As semelhanças claras, por sua vez, são as que se relacionam à necessidade de resolução expressa de uma questão principal, que é requisito do regime especial e, na seara da eficácia da intervenção, também condicionam sua formação sobre elementos da motivação.

A zona duvidosa é a que diz respeito à exigência de contraditório prévio e efetivo, além da inexistência de restrições probatórias e limites cognitivos para que se forme coisa julgada no regime especial. Apesar da semelhança, concluiu-

-se que ambos não se confundem com os requisitos da eficácia da intervenção, pois: (a) para que esta se forme, basta que o assistente tenha a oportunidade de se manifestar e requerer provas, pouco importando se efetivamente o fez; e (b) enquanto no regime especial o exame das restrições probatórias e cognitivas se faz em abstrato, com vistas às regras do procedimento, na eficácia da intervenção, o exame é concreto, importando se, de fato, houve algum embaraço à atuação do assistente.

6. REFERÊNCIAS

- ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1935
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil, vol. I, t. I*. São Paulo: Forense, 1975
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsói, 1971
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Liticonsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil, vol. V: arts. 476 a 565*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao código de processo civil, vol. III: da intervenção de terceiros até da defensoria pública: arts. 119 a 187*. São Paulo: Saraiva, 2019
- BENEDUZZI, Renato Resende. *Comentários ao código de processo civil, vol. II: artigos 70 a 187*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre a continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentários aos arts. 119 a 132. In: CABRAL, Antonio do Passo; et. al. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa julgada e questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil - vol. 1*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965
- CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012
- CINTRA, Lia Carolina Batista. Análise crítica do vigente sistema brasileiro de intervenção de terceiros. In: *Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia*, v. 8, 2016
- CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017
- COSTA, Moacyr Lôbo da. *Assistência (processo civil brasileiro)*. São Paulo: Saraiva, 1968
- DIAS, Handel Martins. Eficácia da assistência: a vinculação do assistente à justiça da decisão. In: *Revista de Processo*, vol. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013
- DIDIER JR, Fredie. Revisão do interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF. In: *Revista de processo*, vol. 158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 279-281

- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil - vol. I: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 22ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Coisa julgada, assistência e eficácia da intervenção. In: *Processo civil empresarial*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, 354-368
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. II*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litissconsórcio*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2021
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fiança e processo. in: *Memórias de um processualista*. São Paulo: Malheiros, 2021
- EID, Elie Pierre. *Amicus curiae* no novo código de processo civil: interesses e poderes. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; et al. (Coord). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 245-257
- FABBRINI, Giovanni. *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*. Milano: Giuffrè, 1964
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Editorial Labor: Barcelona, 1936
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017
- LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008
- LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Execução e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013
- LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Eficácia e estabilidade da solução de questão prejudicial incidental. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; et al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. São Paulo: Malheiros, 2022
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil, vol. I*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016
- LIEBMAN, Enrico Tullio. A coisa julgada nas questões de estado. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016
- LINO, Daniela Bermudes. *Conexão e afinidade: critérios para aplicação dos artigos 55, §3º, e 69, §2º, II e IV, do CPC/2015*, Salvador: Juspodivm, 2021
- LINO, Daniela Bermudes. Centralização da questão de fato para produção conjunta da prova e grau de vinculatividade fática entre demandas. In: DIDIER JR., Fredie. et al. *Grandes temas do novo CPC, vol. 16: Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2021
- LINO, Daniela Bermudes; OLIVEIRA, Filipe Ramos. Intervenção litisconsorcial voluntária: da intervenção litisconsorcial ao ingresso mediante cumulação ulterior de demandas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22. Rio de Janeiro, 2021
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. A estabilidade das decisões judiciais. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; et al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. São Paulo: Malheiros, 2022
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. Os limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil. In: *Revista de processo*, vol. 252, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 79-110
- LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile, vol I*. 10ª ed., Milano: Giuffrè, 2019
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018
- MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985
- MENCHINI, Sergio. *Il processo litisconsortile: struttura e potere delle parti*. Milano: Giuffrè, 1993
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil, t. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1973
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Londrina-PR: Thoth, 2021
- PISANI, Andrea Proto. I limiti soggettivi di efficacia della sentenza. In: *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile: una parabola di studi*. Milano: Giuffrè, 2015

- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6ª ed., Nápoles: Jovene Editore, 2014
- RODRIGUES, Daniel Colnago. *Intervenção de terceiros*. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021
- ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil, t. I*, Buenos Aires: EJEA, 1955
- SAMPAIO, Marcos Vinícius de Abreu. Comentários aos arts. 119 a 124. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 200. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011
- SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019
- SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Duplo grau de jurisdição e “teoria da causa madura” no novo código de processo civil. In: MACEDO, Lucas Buril; et al. (Org.). *Novo CPC - doutrina selecionada, v. 6: processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 583-610
- SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais*. Salvador: Juspodivm, 2020
- TALAMINI, Eduardo. *Cosa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- TALAMINI, Eduardo. Comentários aos arts. 381 a 384. In: CABRAL, Antonio do Passo; et al. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. 2ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2020
- YARSHELL, Flávio Luiz. Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005
- YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

ALGUMAS REFLEXÕES PROCESSUAIS SOBRE A AÇÃO POSSESSÓRIA MULTITUDINÁRIA PREVISTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Felippe Borring Rocha¹

1. INTRODUÇÃO

Em razão das suas dimensões continentais e da forma como foi colonizado por Portugal, dentre outros fatores, o Brasil promoveu ao longo dos séculos um gigantesca concentração de terras nas mãos de poucas pessoas, empresas e entes públicos. Somado a isso, herdamos um sistema jurídico imobiliário conservador, formalista, ineficiente, burocrático e extremamente dispendioso, tanto para regularizar, como para transferir a propriedade dos imóveis. O resultado é que grandes porções de terra são ocupados por quem não é seu proprietário registral, mas, apenas, seu possuidor.

Por outro lado, nos últimas décadas, notadamente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, a proteção da posse, fundada em sua função social, foi gradativamente sendo consolidada como um corolário do reconhecimento da primazia dos direitos fundamentais ao patrimônio, à moradia e à dignidade da pessoa humana no contexto do Estado Democrático de Direito.

¹ Graduado em Direito e Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-doutorando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor Adjunto de Direito Processual Civil na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor de cursos de pós-graduação e preparatórios para concursos públicos. Articulista, palestrante e autor, dentre outros, dos livros **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**, **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais** e **Princípio da Jurisdição Equivalente**. Membro do IAB, do IBDP e do ICPC. Parecerista da **Revista de Direito da EMERJ**, da **Revista *Juris Thesis*** e da **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1527624803483076>>.

O resultado desses dois movimentos é que, em praticamente todos os cantos do país, tanto nos campos, como nas cidades, é possível identificar diversos conflitos versando sobre a posse de bens imóveis. Quando são levados ao Poder Judiciário, a principal ferramenta processual empregada para a tutela jurisdicional dos direitos em discussão é a ação possessória (arts. 554 a 568 do CPC/2015), procedimento especial que deita raízes nos primórdios do Direito Romano, presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a fase colonial.

A matriz individualista das ações possessórias brasileiras, no entanto, se mostrou insuficiente para tratar questões envolvendo muitas pessoas, especialmente quando inseridas num contexto de vulnerabilidade. Assim, inspirados em orientações jurisprudenciais e doutrinárias desenvolvidas na parte final da vigência do Código de Processo Civil anterior, ao redigir o Código de Processo Civil de 2015, o legislador inseriu na estrutura procedimental da ação possessória, especificamente nos parágrafos do artigo 554 e no artigo 565, algumas regras voltadas para tentar aprimorar a tutela possessória multitudinária. Estes dispositivos preveem a forma como se dará a citação dos réus, a divulgação da existência do processo, a designação de uma audiência de mediação, a inspeção judicial e a intervenção do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município neste tipo de processo.

De modo que o objetivo do presente estudo é analisar os aspectos processuais das referidas regras, para tentar dimensionar a sua funcionalidade e o seu alcance.

2. AS REGRAS ESPECIAIS

Eis o seu teor das regras sobre a tramitação das ações possessórias versando sobre conflitos possessórios multitudinários:

Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

§ 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

§ 2º Para fim da citação pessoal prevista no § 1º, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-se por edital os que não forem encontrados.

§ 3º O juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no § 1º e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios.

Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

§ 1º Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo.

§ 2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça.

§ 3º O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional.

§ 4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo ao litígio sobre propriedade de imóvel.

3. A NATUREZA JURÍDICA-PROCESSUAL DA AÇÃO POSSESSÓRIA MULTITUDINÁRIA

Embora o art. 565 do Código de Processo Civil de 2015 fale em “litígio coletivo”, ao se referir à ação possessória multitudinária, não se está diante de uma ação coletiva, ao menos na acepção estrita do termo. Com efeito, além de regular a prestação da tutela jurisdicional de um litígio coletivo, a ação coletiva pressupõe, no mínimo, a existência de um legitimado coletivo num dos polos da demanda, representando as pessoas afetadas pela questão coletiva, e a eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* da decisão. No caso da ação possessória regulada nos dispositivos em destaque, o que se exige é apenas um litisconsórcio passivo multitudinário. Não há, de regra, legitimação extraordinária – ou substituição processual, como preferem alguns –, nem eficácia para além do processo, mesmo tendo sido realizada a citação por edital. Por isso, não é possível caracterizá-la como uma ação coletiva, seja ativa ou passiva. Trata-se, tão somente, de uma ação individual.²

² Nesse sentido, diz ARAÚJO, José Aurélio de. O Litígio Coletivo da Posse dos Artigos 554 e 565 do Novo CPC e a Natureza da Atuação da Defensoria Pública. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). **Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 5: Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 530: “Cremos, no entanto, que a ação coletiva é absolutamente antagônica ao contraditório participativo e à ampla defesa, não sendo possível em geral e, menos ainda, no litígio coletivo da posse.”

Na verdade, para evitar a confusão conceitual, o legislador não deveria ter empregado o termo “litígio coletivo”, visceralmente associado às ações coletivas.³ Seria melhor, por exemplo, que o texto falasse em litígio multitudinário, massificado ou plurissubjetivo. De qualquer modo, o litígio presente numa ação possessória multitudinária deve ser tratado como um litígio estrutural (*structural litigation*).⁴

4. A CARACTERIZAÇÃO DO LITÍGIO POSSESSÓRIO MULTITUDINÁRIO

Conforme expresso no artigo 554, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, o litígio possessório multitudinário se caracteriza pela existência no polo passivo de um “grande número de pessoas”. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, cujo alcance deve ser estabelecido através da análise do caso concreto, à luz das diretrizes hermenêuticas espalhadas pela legislação, com especial destaque para o art. 8º do Código de Processo Civil de 2015.

Na aferição de tal caracterização, o juiz deverá considerar o local no qual o conflito possessório se desenvolve, o histórico do embate, o número de pessoas envolvidas, em ambos os polos do conflito, os tipos de construções existentes e a dimensão dos imóveis, dentre outros parâmetros. Para obter tais informações, o juiz deverá, de ofício ou a requerimento das partes (art. 370 do CPC/2015), solicitar informações não apenas dos órgãos públicos envolvidos, mas também dos cartórios de registro imobiliário, das delegacias de polícia, das associações de moradores, das concessionárias de serviço e, até, do veículos de imprensa, por exemplo. Além destas medidas, o juiz poderá realizar também uma inspeção judicial no local, conforme enunciado pelo § 3º do artigo 656 do Código de

³ Sobre o conceito de litígio, confira-se os apontamentos fundamentais feitos há quase 80 anos por CALAMANDREI, Piero. **Estudos de Direito Processual**. Campinas: LZN, 2003, p. 15-19. Sobre a relação entre os litígios coletivos e as ações coletivas, confira-se VITTORELLI, Edilson. Tipologia dos Litígios: Um Novo Ponto de Partida para a Tutela Coletiva. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. nº 77, jul./set. 2020, p. 97. Em sentido contrário, afirmando que ao litígio coletivo pode corresponder tanto a uma ação coletiva, como a uma ação possessória multitudinária, ARAÚJO, José Aurélio de. O Litígio Coletivo da Posse dos Artigos 554 e 565 do Novo CPC e a Natureza da Atuação da Defensoria Pública. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). **Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 5: Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivim, 2015, p. 535.

⁴ Sobre a possibilidade da caracterização das ações possessórias como processos estruturais, vejam-se ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 232, e DIAS, Daniela Maria dos Santos; NEPOMUCENO, Chaira Lacerda; COSTA, Carlos Henrique. As Decisões Estruturais e o Procedimento das Ações Possessórias: Um Estudo de Caso do Residencial “Cristo Vive”, In: **Revista de Direito da Cidade**. vol. 11, nº 4, 2019, p. 165.

Processo Civil de 2015, observando as determinações contidas nos artigos 481 a 484 do mesmo Código.

A caracterização do conflito deve ocorrer o quanto antes, do ponto de vista procedimental, por meio de um incidente atípico.⁵ O próprio autor, em nome da cooperação processual (art. 6º do CPC/2015), deverá indicar a existência do grande número de pessoas e solicitar a aplicação das regras em tela, desde a petição inicial, se assim for possível, ou na primeira oportunidade em que constatar tais fatos. O mesmo se diga em relação aos réus. Por certo, no entanto, na maioria das vezes, o juiz somente terá acesso às informações necessárias para a identificação da causa após a realização das primeiras diligências citatórias.

No caso de haver dúvida sobre o enquadramento legal do conflito, o intérprete deverá privilegiar a aplicação da norma mais protetiva, ou seja, deverá considerar o conflito como multitudinário. Neste sentido, importante sublinhar que, caso ao longo da tramitação processual se verifique que a questão efetivamente não tem natureza multitudinária, não haverá maiores prejuízos para a duração do processo, que deverá prosseguir, sem retificações, como uma “ação possessória simples”, ao passo que, na hipótese contrária, deverá o procedimento retroceder, com a reabertura da fase postulatória, para realização das citações e intimações previstas nos dispositivos mencionados.

Note-se, ainda, que o artigo 656, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015, determinou a aplicação das regras referentes à ação possessória multitudinária aos litígios envolvendo a propriedade de bens imóveis. Assim, é possível afirmar a existência de uma ação petitória multitudinária, regida pelo procedimento comum, com a incidência das regras especiais ora estudadas.

5. AS CITAÇÕES

De acordo com o artigo 545, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, a citação dos réus numa ação possessória multitudinária será feita de maneira pessoal em relação aos ocupantes que forem encontrados no local, enquanto os demais réus serão citados por edital. O objetivo da medida, construída pela jurisprudência na metade final da vigência do Código de Processo Civil de 1973,⁶ é viabilizar a conclusão da fase postulatória do procedimento em

⁵ Nesse sentido, ARAÚJO, José Aurélio de. O Litígio Coletivo da Posse dos Artigos 554 e 565 do Novo CPC e a Natureza da Atuação da Defensoria Pública. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). **Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 5: Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 537.

⁶ Nesse sentido, veja-se: “REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL INVADIDO POR TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DOS OCUPANTES. INDEFERIMENTO DA INICIAL. INADMISSIBILIDADE. Citação pessoal dos ocupantes requerida pela autora, os quais, identificados, passarão a figurar no polo passivo da lide. Medida a ser adotada previamente no caso. Há possibilidade de haver réus desconhecidos

tempo razoável, uma vez que é muito difícil para o autor qualificar todos os réus, quando o imóvel é ocupado por grande número de pessoas, num contexto usualmente dinâmico e informal, na esteira do que dispõe o artigo 319, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil de 2015.

Além disso, sendo voltada para citar os réus incertos, a citação editalícia tem como meta dar publicidade jurídica à causa, através de um chamamento genérico à sua participação, na mesma linha contida na previsão da divulgação da existência do processo no local onde o conflito possessório está ocorrendo (art. 554, § 3º, do CPC/2015).

O artigo 545, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, estabelece que a citação pessoal deverá ser feita por oficial de justiça. Trata-se de uma exigência correta, não apenas pela importância da causa, mas também pela complexidade do ato. De fato, somente um oficial de justiça poderá comparecer no local da diligência, identificar os ocupantes, colher seus dados e efetuar a sua citação.

Note-se que o mesmo artigo 545, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 diz que, para realizar a citação pessoal, o oficial de justiça “procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-se por edital os que não forem encontrados”. Na verdade, em razão dos princípios que orientam a realização da citação, notadamente os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), deverá o oficial de justiça realizar tantas diligências quanto forem necessárias para citar pessoalmente o maior número de ocupantes que for possível, considerando as características da situação possessória. De fato, a previsão da citação editalícia não pode ser usada como justificativa para a citação pessoal apenas de parte dos ocupantes ou aqueles que forem imediatamente encontrados, numa única diligência. A citação editalícia, por ser uma modalidade ficta de citação, deve ser utilizada sempre de forma residual, quando não for possível realizar a citação pessoal (art. 256 do CPC/2015).⁷

De modo que a regra em comento deve ser interpretada conforme a Constituição, ou seja, no sentido de que o oficial de justiça deve realizar a citação pessoal dos ocupantes preferencialmente numa única diligência ou, no menor número de diligências possível, dentro do menor espaço de tempo. Em outras palavras, somente se uma diligência for suficiente para esgotar os meios razoáveis para citar pessoalmente os ocupantes é que os demais poderão legitimamente serem citados por edital.

Registre-se, ainda, que a tal “diligência única” somente pode ser considerada, para fins do artigo 545, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, após o

e incertos na causa, a serem citados por edital (art. 231, I, do CPC). Precedente: REsp n. 28.900-6/RS. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ – 4ª Turma – RESP 362.365/SP – Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 03/02/2005).

⁷ Nesse sentido, PAULA, Vinicius Lamago de. Das Ações Possessórias no Código de Processo Civil de 2015 sob a Ótica da Defensoria Pública. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. **CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 435.

litígio ter sido expressamente declarado pelo juiz como de natureza multitudinária, através do incidente atípico instaurado de ofício ou mediante provocação. Por isto, o mandado de citação deverá conter a menção ao conteúdo dos dispositivos em estudo, para que os ocupantes eventualmente citados no local saibam o regime jurídico ao qual o processo está sendo submetido.

Por fim, necessário sublinhar que os réus incertos, citados por edital, no bojo de uma ação possessória multitudinária, não precisarão ser representados pela Curadoria Especial, posto que o entendimento consolidado é que o comando contido no artigo 72, II, do Código de Processo Civil de 2015 se dirige exclusivamente aos réus certos, citados por edital.⁸ Tais réus, ainda que não se apresentem nos autos, não serão considerados revéis,⁹ e poderão intervir a qualquer momento no processo.

6. A DIVULGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO PROCESSO

Conforme preceitua o artigo 554, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015, o juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação possessória multitudinária e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, “valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios”. Trata-se de uma excelente iniciativa, que tem como objetivo, promover a participação democrática no processo,¹⁰ atenuando a limitação decorrente da citação editalícia prevista no parágrafo anterior do mesmo dispositivo.

A lista de medidas que podem ser adotadas pelo juízo para dar publicidade ao processo, publicação em jornais, programas de rádio ou cartazes, é expressamente identificada como enumerativa, como se depreende da expressão “e de outros meios”. Mesmo assim, num mundo hiperconectado e tecnológico, o legislador poderia ter indicado a ferramenta mais eficaz para dar publicidade a um processo: a internet.

De todo modo, importante sublinhar que a divulgação do processo e de seus atos e termos não pode ser feita sem o cuidado para não expor as pessoas

⁸ Nesse sentido, ESTEVES, Diogo; SILVA, Franlyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 440.

⁹ Nesse sentido, PAULA, Vinicius Lamego de. Das Ações Possessórias no Código de Processo Civil de 2015 sob a Ótica da Defensoria Pública. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. **CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 434.

¹⁰ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados**. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 132, assinalam que essa ampla “participação pública e dos envolvidos visa assegurar uma solução ampla para o problema, comprometendo também o Poder Público com a solução dessa questão – que extravasa os limites de uma simples controvérsia particular, refletindo para dimensões política e social muito mais importantes.”.

envolvidas ou comprometer a composição do conflito ou a qualidade da tutela jurisdicional prestada, especialmente se existirem dados sensíveis. A publicidade do processo não deve se sobrepor ao sigilo eventualmente necessário ao processo (arts. 5º, LX, e 93, IX, da CF e art. 189 do CPC/2015).

7. A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Uma vez caracterizada como uma ação possessória multitudinária e efetuadas as citações pertinentes, conforme previsto no § 1º do artigo 554 do Código de Processo Civil de 2015, deverá ser determinada a intimação do órgão do Ministério Público com atribuição para officiar no feito – que pode ser aquele vinculado ao juízo ou outro, conforme a estruturação institucional –, para atuar como fiscal da ordem jurídica, nos termos dos artigos 178, III, e 270 do mesmo Código. Trata-se de modalidade de intervenção processual decorrente do tipo do procedimento, da mesma forma como verifica em relação a determinadas ações individuais (arts. 735, 739, 747, do CPC/2015, dentre outros), ações coletivas (art. 6º, § 4º, da Lei nº 4.717/1965, art. 5º, § 1º, da Lei nº 7.347/1985, art. 92 da Lei nº 8.078/1990 etc) e incidentes processuais (arts. 948, 956, 976, § 2º, do CPC/2015, dentre outros).¹¹

Por certo, uma vez integrado ao processo, o órgão do Ministério Público será intimado pessoalmente de todos os atos e termos do processo, sob pena de nulidade, nos termos dos arts. 179, 270 e 279 do Código de Processo Civil de 2015. Por isso, a previsão contida no artigo 565, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, de que o Ministério Público será intimado para comparecer à audiência de mediação designada no curso da ação possessória multitudinária, deve ser identificada como uma regra de reforço, voltada para destacar a importância da sua participação na sessão compositiva, como agente de promoção pela busca pela solução consensual do conflito, na esteira do artigo 3º, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015.

8. A INTERVENÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

Além do Ministério Público, o § 1º do artigo 554 do Código de Processo Civil de 2015 estatui que nas ações possessórias multitudinárias será determinada a intimação do órgão de atuação da Defensoria Pública para acompanhar o feito, se estiverem envolvidas pessoas “em situação de hipossuficiência econômica”. O artigo 565, § 2º, 554 do Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, assinala que a Defensoria Pública será intimada para participar da audiência de mediação nas ações possessória multitudinárias “sempre que houver parte

¹¹ Nesse sentido, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho; PORTO, José Roberto Mello. A Legitimidade Ativa e a Intervenção do Ministério Público e da Defensoria Pública na Tutela Coletiva: *Custos Iuris* e *Custos Vulnerabilis*. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira et alri (Org.). Coletivização e Unidade do Direito. Vol. 2. Londrina: Thoth, 2020, p. 279.

beneficiária de gratuidade da justiça”. Portanto, o primeiro ponto a ser definido é qual o requisito legal para legitimar a intervenção da Defensoria Pública.

Desde logo, é preciso sublinhar que “pessoas em situação de hipossuficiência econômica” é um conceito que não se confunde com o fato de ser a “parte beneficiária de gratuidade da justiça”.¹² Com efeito, a parte pode ser beneficiária da gratuidade de justiça e estar devidamente individualizada e representada nos autos por advogado particular, associação jurídica ou outra entidade que preste assistência jurídica, sem ser a Defensoria Pública. Nesta hipótese, não haveria sentido na intervenção excepcional da Defensoria Pública. Por outro lado, a atuação da Defensoria Pública em prol dos seus assistidos existe antes da concessão da gratuidade de justiça à parte e, eventualmente, mesmo sem ela, caso o pedido tenha sido indevidamente indeferido.

Destarte, parece correto concluir, através de uma interpretação sistemática, teleológica e restritiva-literal, que o requisito para a atuação da Defensoria Pública nas ações possessória multitudinárias é “apenas” a existência de pessoas em situação de vulnerabilidade inseridas no conflito deduzido em juízo, independentemente de estarem identificadas nos autos ou de terem deferido em seu favor a gratuidade de justiça. Portanto, a referência à gratuidade de justiça, feita no artigo 565, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, deve ser lida no sentido de reforçar a importância da participação da Defensoria Pública na audiência de mediação, quando atuando em favor das pessoas em situação de vulnerabilidade, como agente de promoção pela busca pela solução consensual do conflito, na esteira do artigo 3º, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015.¹³

¹² Nesse sentido, veja-se a colocação de SILVA, Franklyn Roger Alves. O Novo CPC Prevê Atuação da Defensoria em Ação Possessória Multitudinária: “Uma outra disposição em que o novo Código de Processo Civil trata da Defensoria Pública diz respeito ao litígio coletivo pela posse de imóvel, proveniente de esbulho ou turbação, nos termos do art. 565. Neste aspecto, o §2º do citado artigo determina a intimação da Defensoria Pública sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça. Aqui, verificamos certo descompasso do texto legislativo. Não é o deferimento da gratuidade de justiça que justifica a atuação da Defensoria Pública. A distinção entre a assistência jurídica e gratuidade de justiça, sempre alvo de desídia legislativa e jurisprudencial, parecia ter sido finalmente solucionada pelo novo Código de Processo Civil, ante a previsão do artigo 99, §4º que reconhece o direito à gratuidade de justiça em favor das partes representadas por advogado particular. A referência da atuação da Defensoria Pública em favor de quem tem gratuidade de justiça desfaz a sistemática estabelecida no capítulo destinado à instituição encarregada de prestar assistência jurídica. O que justifica a atuação institucional é a avaliação positiva do direito à assistência jurídica, seja em virtude do desempenho de uma função típica ou atípica, a ser aferido, com exclusividade, pelo membro da Defensoria Pública, diante da hipossuficiência dos beneficiários.”

¹³ Outra solução que pode ser aventada é redirecionar a regra para reforçar o comando contido no artigo 186, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015. Neste sentido, diz SILVA, Franklyn Roger Alves. O Novo CPC Prevê Atuação da Defensoria em Ação Possessória Multitudinária: “Na realidade, pensamos que diferentemente da hipótese do artigo 554, a indicação da intimação da Defensoria Pública no artigo 565 serve de reforço à prerrogativa expressamente reconhecida no artigo 186, §1º, não se constituindo como uma modalidade autônoma de legitimação. O artigo 554, §1º encontra-se situado nas disposições das Ações

A atuação da Defensoria Pública na defesa dos vulneráveis não tem natureza de legitimação extraordinária, mas de intervenção especial,¹⁴ uma vez que, como dito no item 2 deste estudo, não se está diante de uma ação coletiva passiva. Por isso, a intervenção da Defensoria Pública na ação possessória não dispensa a citação dos réus ainda não habilitados no processo, nem exaure a possibilidade de que venham a apresentar contestação em nome próprio. Na verdade, tal atuação serve de instrumento de integração democrática do processo, voltado para a proteção dos direitos humanos relacionados à situação jurídica deduzida no processo, especialmente aqueles que não têm condições de reivindicar seus direitos de maneira efetiva, na esteira do que dispões o artigo 134 da Constituição Federal e o artigo 4º, V, VIII, X e XI, da Lei Complementar nº 80/1994 (Lei Orgânica da Defensoria Pública).¹⁵ Não por outro motivo, esta atuação vem sendo chamada de *custos vulnerabilis* (“fiscal dos vulneráveis”).¹⁶

Possessórias (procedimentos especiais), prevendo a legitimação extraordinária da Defensoria Pública nas ações multitudinárias. Já a regra do artigo 565 se situa na seção atinente às disposições específicas da manutenção e reintegração de posse e refere-se apenas ao dever de intimação, deixando clara a necessidade de participação da Defensoria Pública na audiência de mediação, reafirmando o propósito do legislador em fortalecer os atos orais com a participação efetiva dos personagens do processo. Não se trata, portanto, de uma regra nova, ou de modalidade autônoma de atuação da Defensoria Pública, mas tão somente um reforço do dever de intimação, a fim de que se garanta o contraditório em favor de partes hipossuficientes, mediante aferição pela própria instituição.”.

¹⁴ Nesse sentido, assinala PAULA, Vinicius Lamego de. *Das Ações Possessórias no Código de Processo Civil de 2015 sob a Ótica da Defensoria Pública*. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. **CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 433, que a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* “é uma modalidade obrigatória de intervenção de terceiro *sui generis*, com lastro na missão constitucional de Defensoria Pública – em legitimidade coletiva – sendo totalmente independente da presença advocatícia em representação postulatória”. Na mesma linha, ARAÚJO, José Aurélio de. *O Litígio Coletivo da Posse dos Artigos 554 e 565 do Novo CPC e a Natureza da Atuação da Defensoria Pública*. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). **Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 5: Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 536, aduz ser um equívoco identificar tal atuação como uma legitimação extraordinária, uma vez que isto poderia acarretar a submissão das pessoas vulneráveis aos efeitos da coisa julgada formada.

¹⁵ Nesse sentido, veja-se: “Em verdade, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo stricto sensu ou difuso, sobretudo aqueles associados aos direitos fundamentais, pois sua legitimidade ad causam não se guia, no essencial, pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo), perspectiva essa que fez com que precedente do STJ ampliasse essa legitimidade para o ancho campo da dignidade humana: ‘a legitimatio ad causam da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais’.” (STJ – 1ª Turma – RESP 1.106.515/MG – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 02/02/2011).

¹⁶ Nesse sentido, veja-se MAIA, Maurilio Casas. *Custos Vulnerabilis: Pontos Essenciais para Compreensão da Atuação*. In: AKERMAN, William; MAIA, Maurilio Casas (Org.). **Novo Perfil de Atuação da Defensoria Pública**. Brasília: Sobredireito, 2023, p. 231.

Tal atuação se situa numa zona intermediária, entre o modelo de intervenção do Ministério Público como *custos legis* (art. 178 do CPC/2015), a Curadoria Especial (art. 72, parágrafo único, do CPC/2015) e a intervenção do *amicus curiae* (art. 138 do CPC/2015).¹⁷ Não é, a toda evidência, uma intervenção imparcial, posto que atua em favor dos vulneráveis. Mas não é uma substituição processual, pois não atua em nome deles, como ocorre com a Curadoria Especial, mas em benefícios deles. Também não se confunde com a atuação em favor dos réus certos, habilitados no processo, que podem ter interesses divergentes com os grupos de vulneráveis por ela representados.¹⁸ Trata-se de uma modalidade nova e especial de intervenção, baseada no interesse institucional próprio.¹⁹

Por outro lado, seus poderes processuais da atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* são mais amplos que os deferidos ao *amicus curiae*. Ela tem basicamente os mesmos poderes processuais do Ministério Público, quando atua como *custos legis* (art. 179 do CPC/2015): pode recorrer e pedir provas, mas não pode transigir ou renunciar ao direito.²⁰ Suas manifestações ocorrem depois das partes, mas antes do Ministério Público, atuando na condição de fiscal da ordem jurídica. Além disto, a falta de sua intimação para atuar no processo, quando caracterizado um litígio possessório multitudinário, configura causa de nulidade processual.²¹

¹⁷ Alguns autores sustentam que a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* seria similar à de *amicus curiae*, chegando a falar em um *amicus cummunitas* ou *custos plebe*. Nesse sentido, MAIA, Maurilio Casas. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCP: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. In: DIDIER JR., Fredie et altri (orgs.). **Coleção Novo CPC: Doutrina Selecionada – Parte Geral**. Vol. 1, 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1239.

¹⁸ Neste caso, o ideal é que tais réus, se hipossuficientes, sejam patrocinados por um órgão de atuação da Defensoria Pública diferente daquele em exercício da função de *custos vulnerabilis*.

¹⁹ Nesse sentido, veja-se MAIA, Maurilio Casas. *Custos Vulnerabilis: Pontos Essenciais para Compreensão da Atuação*. In: AKERMAN, William; MAIA, Maurilio Casas (Org.). **Novo Perfil de Atuação da Defensoria Pública**. Brasília: Sobredireito, 2023, p. 238.

²⁰ Nesse sentido, PAULA, Vinicius Lamego de. Das Ações Possessórias no Código de Processo Civil de 2015 sob a Ótica da Defensoria Pública. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. **CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 434.

²¹ Nesse sentido, veja-se: “APELAÇÃO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PRESUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL (...) POSSESSÓRIA - Vício de citação - Caracterização - Necessidade de citação pessoal dos invasores e a citação por edital daqueles não citados pessoalmente - Formalidade que compõe requisito de desenvolvimento válido e regular do processo - Inteligência do art. 554, § 1º, do CPC - Jurisprudência do C. STJ e desta E. Corte nesse sentido - Intervenção da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* - Possibilidade - Certidão do mandado citatório da ré que informa que aproximadamente 200 (duzentas) famílias estariam vivendo no imóvel esbulhado - Medida necessária para a promoção e defesa dos direitos humanos, individuais e coletivos dos grupos vulneráveis - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido - Sentença de extinção do processo anulada - RECURSOS PROVIDOS.” (TJSP –38ª Câmara de Direito Privado – AC 1014516-18.2022.8.26.0008 – Rel. Des. Lavinio Donizetti Paschoalão, j. em 07/06/2023).

Importante consignar, ainda, que no exercício da atuação como *custos vulnerabilis* a Defensoria Pública não deva contestar o pedido, mesmo se utilizando da prerrogativa da impugnação por negativa geral (art. 341, parágrafo único, do CPC/2015).²² Isto porque, como já dito, não se trata de uma legitimação extraordinária, mas de uma intervenção em favor de um grupamento de indivíduos incertos. De fato, o objetivo do legislador parece ter sido o de densificar a ampla defesa e o contraditório das pessoas que, embora inseridas numa situação possessória multitudinária, não tiveram condições para se fazer representar no processo.²³

Importante notar que a vulnerabilidade das pessoas representadas pela Defensoria Pública atuando como *custos vulnerabilis* não deve ser vista exclusivamente pelo prisma econômico, mas também no plano da organizacional,²⁴ tal qual ocorre em relação às ações coletivas.²⁵ Não por outro motivo, atualmente, entende-se que a

²² Em sentido contrário, SILVA, Franklyn Roger Alves. O Novo CPC Prevê Atuação da Defensoria em Ação Possessória Multitudinária, assinala: “A nosso ver, a partir da interpretação da CRFB e da CADH, a possibilidade de contestação por negativa geral pelo membro da Defensoria Pública, fora da hipótese de curadoria especial, estaria limitada ao caso da ação possessória multitudinária, já que haveria uma dificuldade natural do Defensor Público em gerenciar informações de todos os assistidos envolvidos para fins de apresentação da defesa, em virtude de sua legitimação extraordinária. A utilização da prerrogativa estaria relacionada ao desempenho da legitimação que se irradiaria em favor de todos os réus hipossuficientes em litígio, em razão do polo passivo desorganizado. A dificuldade natural no trato da questão multitudinária permitiria que o membro da instituição contestasse a ação possessória por negativa geral, de modo que nenhum hipossuficiente sofresse prejuízo na relação processual.”.

²³ Nesse sentido, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: Inovações, Alterações e Supressões Comentadas**. São Paulo: Método, 2015, p. 360, assinala que “enquanto o Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica, a Defensoria Pública defenderá o interesse dos hipossuficientes econômicos que não constituam advogado para sua defesa.”.

²⁴ Nesse sentido, assinala SILVA, Franklyn Roger Alves. O Novo CPC Prevê Atuação da Defensoria em Ação Possessória Multitudinária: “Esta hipossuficiência aliás, não merece ser observada tão somente sob o aspecto econômico, como pretendido pelo código, mas também do ponto de vista organizacional, frente a dificuldade do grupo de pessoas em se organizar para obter assistência jurídica e exercer a defesa de sua posse”.

²⁵ Nesse sentido, veja-se: “4. A expressão ‘necessitados’ (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, ‘necessitem’ da mão benevolente e solidária do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no *Welfare State*, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de *minus habentes* impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012). 5. O Supremo

atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* não se limita às ações possessórias multitudinárias. Neste sentido, tem sido admitida tal intervenção em outros tipos de processos nos quais exista uma grande quantidade de pessoas vulneráveis que podem ser afetadas pela decisão judicial, como nos casos de ações coletivas,²⁶

Tribunal Federal, a propósito, recentemente, ao julgar a ADI 3943/DF, em acórdão ainda pendente de publicação, concluiu que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública, na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, julgando improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado contra o art. 5.º, inciso II, da Lei n.º 7.347/1985, alterada pela Lei n.º 11.448/2007 ('Art. 5.º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: ... II - a Defensoria Pública'). 6. Embargos de divergência acolhidos para, reformando o acórdão embargado, restabelecer o julgamento dos embargos infringentes prolatado pelo Terceiro Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que reconhecera a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar a ação civil pública em questão." (STJ – Corte Especial – ERESP 1.192.577/RS – Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 21/10/2015). Sobre a atuação da Defensoria Pública em prol dos hipossuficiente organizacionais, veja-se o parecer elaborado por Ada Pellegrini Grinover para subsidiar o julgamento da ADI nº 3.943/DF, a arguindo a inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, que conferiu legitimação ampla à Defensoria Pública para ajuizar a demanda, em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP): Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnpbpcjpcglclefindmkaj/https://www.ana-dep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>

²⁶ Nesse sentido, veja-se: "AGRAVO DE INSTRUMENTO – INTERVENÇÃO DEFENSORIA PÚBLICA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Decisão que indeferiu o pedido de ingresso da Defensoria pública em Ação Civil Pública de autoria do Ministério Público – Decisão que deve ser reformada – Finalidade institucional da Defensoria Pública que se volta à proteção de grupos hipossuficientes – Art. 5º, Lei 7.347/85 c/c art. 134 da CF/88 – ADI 3943/DF – Hipótese dos autos em que a Ação Civil Pública apresenta elevada complexidade – Demanda que envolve direito ambiental, urbanístico e de moradia – Interesse da coletividade que justifica a intervenção da Defensoria Pública – Princípio da máxima efetividade das demandas coletivas – Multiplicidade de demandas fundadas no mesmo levantamento do Ministério das Cidades que evidencia a existência de grande número de pessoas afetadas – Intervenção da Defensoria Pública que se mostra oportuna para a adequada condução do feito – Decisão reformada – Recurso provido." (TJSP – 1ª Câmara de Direito Público – AI 2086146-83.2018.8.26.0000 – Rel. Des. Rubens Rihl, j. em 21/06/2018), "Agravo de Instrumento. Decisão que, em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual, (i) deferiu pedido de antecipação de tutela para determinar que a Municipalidade retire os moradores de área de alto grau de risco de deslizamento, com a demolição destes imóveis e o alojamento adequado dessas famílias; (ii) indeferiu o ingresso da Defensoria Pública Estadual para intervir no feito. Recurso da Defensoria Pública objetivando sua intervenção na lide, em nome próprio, bem assim a revogação da tutela de urgência e a citação de todos os ocupantes da área. Parcial admissibilidade. Hipótese em que a presente ação atinge a esfera jurídica de pessoas em situação de hipossuficiência econômica, a justificar a intervenção da Defensoria Pública, em nome próprio, na qualidade de 'custos vulnerabilis et plebis'. Inacolhíveis os demais pedidos. ACP que busca a proteção do meio ambiente e da integridade física dos ocupantes da área, não se confundindo com tutela possessória. Presentes os requisitos necessários à concessão e manutenção da tutela de urgência. Recurso parcialmente provido." (TJSP – 11ª Câmara de Direito Público – AI 2007125-58.2018.8.26.0000 – Rel. Des. Aroldo Viotti, j. em 10/07/2018).

revisões criminais,²⁷ recursos repetitivos²⁸ e julgamentos realizados em cortes internacionais.²⁹

²⁷ Nesse sentido, veja-se: “Processo Penal e Direito Constitucional. Revisão Criminal. Defensoria Pública. Essencialidade Constitucional. Intervenção Processual. Custos Vulnerabilis. Possibilidade Constitucional e Legal. Missão Institucional. Vulnerabilidade Processual. Abrandamento Instrumento de Equilíbrio Processual e Paridade entre Órgão de Acusação Estatal e Defesa. Amplificação do Contraditório e Formação de Precedentes em Favor de Categorias Vulneráveis. 1. A Defensoria Pública é função essencial à Justiça (art. 134, CF), cabendo-lhe ser expressão e instrumento do regime democrático na defesa dos direitos humanos e das necessidades da população necessitada. 2. A intervenção de custos vulnerabilis da Defensoria Pública é decorrência da vocação constitucional da Defensoria Pública para com as categorias vulneráveis e é harmônica com o histórico de nascimento da carreira no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça (PGJ) no século passado no Rio de Janeiro, sendo esse o modelo público de assistência jurídica adotado na Constituição de 1988. 3. A intervenção da Defensoria Pública visa ao seu interesse constitucional, em especial à amplificação do contraditório em favor dos vulneráveis necessitados face à ordem jurídica, viabilizando ampla participação democrática na formação de precedentes, inclusive penais. 3. Em Revisão Criminal, por simetria e isonomia, a manifestação defensorial deve corresponder ao mesmo patamar hierárquico do Ministério Público, enquanto titular da Acusação Pública. Por essa razão, a intimação para intervenção ocorrerá na pessoa do chefe da defesa pública, o Defensor Público Geral, no caso concreto.” (TJAM – Câmaras Reunidas – RC 4001877-26.2017.8.04.0000 – Rel. Des. Ernesto Anselmo Queiroz Chixaro, j. em 26/02/2018).

²⁸ Nesse sentido, veja-se: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. PLANO DE SAÚDE. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO PELA ANVISA. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INTEGRATIVO ACOLHIDO EM PARTE. 1. O presente recurso integrativo foi interposto contra acórdão publicado na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Na espécie, após análise acurada dos autos, verificou-se que o acórdão embargado deixou de analisar a possibilidade de admissão da Defensoria Pública da União como custos vulnerabilis. 3. Em virtude de esta Corte buscar a essência da discussão, tendo em conta que a tese proposta neste recurso especial repetitivo irá, possivelmente, afetar outros recorrentes que não participaram diretamente da discussão da questão de direito, bem como em razão da vulnerabilidade do grupo de consumidores potencialmente lesado e da necessidade da defesa do direito fundamental à saúde, a DPU está legitimada para atuar como quer no feito. 4. O acórdão embargado não foi contraditório e, com clareza e coerência, concluiu fundamentadamente que i) é exigência legal ao fornecimento de medicamento a prévia existência de registro ou autorização pela ANVISA; e ii) não há como o Poder Judiciário, a pretexto de ver uma possível mora da ANVISA, criar norma sancionadora para a hipótese, onde o legislador não a previu. 5. A contradição que autoriza os aclaratórios é a inerente ao próprio acórdão. 6. O recurso integrativo não se presta à manifestação de inconformismo ou à rediscussão do julgado. 7. Embargos de declaração acolhidos, em parte, apenas para admitir a DPU como custos vulnerabilis.” (STJ – 2ª Seção – EDcl no RESP 1.712.163/SP – Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 25/09/2019).

²⁹ Nesse sentido, FERREIRA, Adriano Fernandes; MELO, Vivian Duarte Tibúrcio de; FEITOSA, Arilson Conceição. A Atuação da Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis* na Promoção dos Direitos Humanos em Âmbito Internacional. In: **Direito em Movimento**. Vol. 18, nº 3, Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2020, p. 18.

9. A INTERVENÇÃO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS RESPONSÁVEIS PELA POLÍTICA AGRÁRIA E PELA POLÍTICA URBANA

O legislador previu também, no artigo 565, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, a intimação para que os órgãos públicos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da área objeto do conflito possessório multitudinário não apenas participassem da audiência de mediação designada, mas também manifestarem seu interesse no processo e na construção de uma solução para a questão. Uma vez que a finalidade institucional destes órgãos é indissociavelmente ligada ao trato dos conflitos possessórios multitudinários, parece correto defender que a sua intimação para se integrar ao processo não é uma faculdade do magistrado, mais um dever,³⁰ sob pena de nulidade.

Não se trata, pois, de uma simples intervenção para verificação do interesse fazendário na causa, como ocorre em relação à ação de usucapião (art. 1.071, § 3º, do CPC/2015, aplicável por analogia aos processos judiciais) e à ação de inventário (art. 626 do CPC/2015), por exemplo. Mas de verdadeiro chamamento ao processo, para nele atuar como um agente colaborador na resolução do conflito.³¹

Por certo, se houver algum interesse público na utilização da área em conflito, a manifestação dos órgãos públicos poderá ser, eventualmente, em sentido contrário aos interesses das partes em litígio. No entanto, a intervenção aqui tem como meta principal promover a pacificação do embate social, com vistas à promoção do bem-estar humano e ao ordenamento rural ou urbano.

10. A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO

O artigo 565 do Código de Processo Civil de 2015 tem como principal objetivo a regular a realização da audiência de mediação no curso da ação possessória multitudinária. O ideal seria, na verdade, que este artigo concentrasse todas as regras referentes a este tipo de ação, facilitando a interpretação dos dispositivos e afastando eventuais debates sobre a estruturação do procedi-

³⁰ Nesse sentido, PAULA, Vinicius Lamego de. Das Ações Possessórias no Código de Processo Civil de 2015 sob a Ótica da Defensoria Pública. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. **CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 437.

³¹ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados**. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 132, afirmam que “o Poder Público estará engajado nessa solução e poderá protagonizar resposta muito mais adequada do que a simples resolução judicial da controvérsia.”.

mento.³² Com efeito, a colocação das regras sobre as ações possessórias nos parágrafos do artigo 554 do Código de Processo Civil de 2015, cujo *caput* trata de assunto completamente diverso, a fungibilidade procedimental, é tecnicamente inadequada.

Além disso, o regramento sobre a realização da audiência de mediação peca por ser impositivo. A mediação é uma técnica de tratamento dos conflitos pautada essencialmente na consensualidade e na reconstrução do diálogo entre as partes. Por isso, é necessária a realização uma ou mais sessões de diálogo para, através de uma escuta ativa e interativa, identificar as causas do conflito e as melhores maneiras para enfrentá-las. Tais características, por certo, podem não ser compatíveis com determinados tipos de conflitos possessórios multitudinários, ensejando a prática de atos inúteis e comprometendo a rápida solução do litígio.

Por isso, parece ser necessário fazer uma releitura constitucional do comando legal, à luz do princípio da autonomia da vontade e da efetividade (art. 5º, II e XXXV, da CF), para definir que o juízo deverá aplicar as técnicas de tratamento adequado do conflito, dentre as quais a própria mediação, conforme as características da causa e a postura das partes (art. 3º, § 3º, do CPC/2015). Assim, no procedimento da ação possessória multitudinária, será impositiva, apenas, a realização de uma audiência de conciliação, na forma prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015, que poderá ser convolada em outras formas de tratamento adequado do conflito, de acordo com o caso.

Mas esse não é o único, nem o menor, problema do dispositivo em apreço. O *caput* do artigo 565 do Código de Processo Civil de 2015 afirma que “quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação”. Assim, a audiência de mediação seria cabível apenas no caso de ação para tutela da “posse velha” (art. 560 do CPC/2015), quando o procedimento não comporta a realização da audiência de justificação (arts. 562, *caput*, parte final, e 563, do CPC/2015) e segue a estrutura do rito comum (art. 558 do CPC/2015), que já possui a previsão para a realização da audiência preliminar de conciliação ou mediação (art. 334 do CPC/2015).

Qual teria sido o objetivo do legislador com isso? Criar um regime próprio, apenas para as ações possessória multitudinárias de posse velha, quando formulado um pedido de tutela provisória? Neste caso, esta audiência de mediação

³² Nesse sentido, veja-se FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao art. 554 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1440.

substituiria a audiência preliminar de conciliação ou de mediação, ou seria uma outra audiência?³³

Para piorar o cenário, o § 1º do mesmo artigo afirma que “concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação”. Será que esta regra é para ser aplicável apenas às ações possessórias multitudinárias de posse nova ou também às de posse velha? Na hipótese de ser aplicável às ações de posse nova, esta audiência de mediação substituiria a audiência de justificação possessória?

Buscando dar um sentido lógico a este emaranhado normativo, parece correto afirmar que as regras previstas nos §§ 2º e 4º do artigo 565 do Código de Processo Civil de 2015 deverão ser aplicadas à audiência preliminar de conciliação ou mediação, bem como a todo tipo de sessão de promoção da solução consensual do conflito, seja no caso de posse nova ou posse velha, independentemente do deferimento ou não da medida liminar. Por outro lado, a audiência de mediação deve ser realizada por mediadores capacitados, nos termos previstos nos artigos 165 a 175 do Código de Processo Civil de 2015 e nos artigos 24 a 29 da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), sem a participação do magistrado. Por isso, tal audiência não substitui a audiência de justificação, que tem caráter instrutório e decisório e deve ser conduzida pelo juiz.³⁴

As regras mencionadas preveem que o Ministério Público e os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio serão intimados para comparecer à audiência, assim como a Defensoria Pública, esta, “sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça”.

Conforme já exposto no item 7 deste estudo, a referência à existência de pessoas beneficiadas pela gratuidade de justiça não é tecnicamente adequada,

³³ CIMARDI, Cláudia Aparecida. Ações Possessórias, por exemplo, sustenta que a audiência de mediação prevista no artigo 565 do Código de Processo Civil de 2015 é uma outra audiência, que não se confunde com a audiência preliminar de conciliação ou mediação. *In verbis*: “Segundo esse dispositivo, deve haver uma segunda audiência de mediação, se o autor obtiver a decisão liminar pleiteada inicialmente e deixou de concretizá-la, vindo a solicitar sua execução um ano após a distribuição da ação.”. Neste mesmo sentido, assinalam NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1396: “O caráter coletivo de que se reveste a posse disputada no caso faz com que a decisão proferida tenha, como consequência, um impacto de grande proporção. Em razão disso, deve ser tentada a mediação, de forma que as partes envolvidas dissolvam o conflito por si mesmas e restaurem a convivência harmoniosa e pacífica. Caso a liminar seja concedida e não seja executada em um ano da distribuição, nova mediação deverá ser tentada.”.

³⁴ Lembrando que a audiência de justificação pode ser realizada não apenas nos casos de posse nova, mas também quando a ação possessória for baseada numa posse velha, na medida em que as tutelas provisórias dispõem de um regramento específico para tanto (art. 300, § 2º, do CPC/2015).

razão pela qual deve ser lida da seguinte maneira: a Defensoria Pública será intimada para comparecer à audiência sempre que estiver atuando na condição de *custos vulnerabilis* (art. 554, § 1º, do CPC/2015).

O objetivo evidente do legislador aqui foi o de reforçar a importância da participação destas instituições na construção da solução consensual do conflito possessório multitudinário, zelado tanto pela integridade do ordenamento jurídico e dos interesses públicos em jogo, como pela proteção das pessoas vulneráveis inseridas na questão.

11. A REALIZAÇÃO DA INSPEÇÃO JUDICIAL

O artigo 565, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015 prevê que o juiz poderá comparecer à área objeto do litígio possessório multitudinário, quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional. Trata-se de mais uma regra de reforço, considerando que o juiz já poderia fazê-lo, com base nos artigos 139, IV e VII, e 481 a 484 do Código de Processo Civil. A ideia, por certo, é estimular o magistrado a participar presencialmente da colheita das provas necessárias para o julgamento da ação possessória multitudinária, em razão da sua importância e complexidade.

Não raras vezes, as ações possessórias, de qualquer natureza, são julgadas com base nas informações insuficientes ou desconstruídas constantes dos autos. Mesmo quando é realizada uma prova pericial, os dados descritos no laudo muitas vezes são capazes de fornecer os subsídios necessários para a identificação dos conflitos, em suas nuances sociais e jurídicas. Por isso, especialmente nas ações possessórias multitudinárias, a presença física do juiz no local é muito importante e só deve ser dispensada, após as tentativas fracassadas de resolução consensual do conflito, no caso de haver riscos para a sua segurança.

12. CONCLUSÕES

De plano, inevitável reconhecer a falta de apuro técnico na redação dos dispositivos pelo legislador. Em primeiro lugar, os parágrafos do artigo 554 do Código de Processo Civil de 2015 dedicado às ações possessórias multitudinárias não têm relação de continuidade ou complementariedade com o seu *caput*, que trata da fungibilidade das ações possessórias. Neste sentido, o ideal teria sido que tais regras tivessem sido reunidas num único artigo, dedicado exclusivamente ao tema, preferencialmente o próprio artigo 565, do mesmo Diploma Legal.

Além disso, no caso específico da atuação da Defensoria Pública, por se tratar de uma previsão significativamente mais inovadora comparada com as demais, o legislador poderia ter se aprofundado na regulamentação da matéria,

com maior cuidado na utilização dos termos técnicos, em prol da promoção da segurança jurídica.

Por outro prisma, ao determinar a realização da audiência de mediação, o legislador usou de uma redação incoerente com a estrutura existente para as ações de posse velha e impositiva, incompatível com este tipo de método consensual de tratamento do conflito.

Portanto, apesar de representar um avanço em relação ao tratamento procedimental do tema, resta patente a falta de compromisso técnico na redação dos dispositivos mencionados, a ensejar a aplicação de técnicas hermenêuticas mais complexas – e, por isso mesmo, mais sujeitas à críticas –, na tentativa de buscar uma interpretação mais harmônica com o texto constitucional.

13. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Aurélio de. O Litígio Coletivo da Posse dos Artigos 554 e 565 do Novo CPC e a Natureza da Atuação da Defensoria Pública. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). **Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 5: Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 527-548.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

CALAMANDREI, Piero. **Estudos de Direito Processual**. Campinas: LZN, 2003.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. Ações Possessórias. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz Freire (Coords.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Tomo: Processo Civil. 2ª ed., São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/168/edicao-2/acoes-possessorias>. Acessado em 06/11/2023.

DIAS, Daniella Maria dos Santos; NEPOMUCENO, Chaira Lacerda; COSTA, Carlos Henrique. As Decisões Estruturais e o Procedimento das Ações Possessórias: Um Estudo de Caso do Residencial “Cristo Vive”. In: **Revista de Direito da Cidade**. vol. 11, nº 4, 2019, p. 135-173.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franlyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários aos arts. 554 a 566 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1437-1462.

FERREIRA, Adriano Fernandes; MELO, Vivian Duarte Tibúrcio de; FEITOSA, Arilson Conceição. A Atuação da Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis* na Promoção dos Direitos Humanos em Âmbito Internacional. In: **Direito em Movimento**. Vol. 18, nº 3, Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2020, p. 15-38.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Parecer**. Parecer para subsidiar o julgamento da ADI nº 3.943/DF, a arguindo a inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, que conferiu legitimação ampla à Defensoria Pública para ajuizar a demanda, em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP): Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.ana-dep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>. Acessado em: 06/11/2023.

MAIA, Maurilio Casas. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NPCC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. In: DIDIER JR., Fredie *et alri* (orgs.). **Coleção Novo CPC: Doutrina Selecionada – Parte Geral**. Vol. 1, 2ª ed. Salvador: *Juspodivm*, 2016, p. 1253-1292.

MAIA, Maurílio Casas. *Custos Vulnerabilis*: Pontos Essenciais para Compreensão da Atuação. In: AKERMAN, William; MAIA, Maurílio Casas (Org.). **Novo Perfil de Atuação da Defensoria Pública**. Brasília: Sobredireito, 2023, p. 231-276.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados**. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: Inovações, Alterações e Supressões Comentadas**. São Paulo: Método, 2015.

PAULA, Vinícius Lamego de. Das Ações Possessórias no Código de Processo Civil de 2015 sob a Ótica da Defensoria Pública. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. **CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 421-437.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho; PORTO, José Roberto Mello. A Legitimidade Ativa e a Intervenção do Ministério Público e da Defensoria Pública na Tutela Coletiva: *Custos Iuris* e *Custos Vulnerabilis*. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira *et altri* (Org.). **Coletivização e Unidade do Direito**. Vol. 2. Londrina: Thoth, 2020, p. 269-287.

SILVA, Franklyn Roger Alves. O Novo CPC Prevê Atuação da Defensoria em Ação Possessória Multitudinária. In: **Consultor Jurídico**. Tribuna da Defensoria de 08/12/2015. Disponível em: <https://novoconjur.com.br/colunas/tribuna-defensoria-atuacao-defensoria-publica-aco-es-possessorias-multitudinarias/?cn-reloaded=1>. Acessado em 06/11/2023.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos Litígios: Um Novo Ponto de Partida para a Tutela Coletiva. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. nº 77, jul./set. 2020, p. 93-118.

DO PEDIDO CONTRAPOSTO À FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL PELA RECONVENÇÃO NA RESPOSTA DO RÉU NOS INTERDITOS POSSESSÓRIOS

Eduardo Figueiredo Simões¹
Gilberto Fachetti Silvestre²

1. INTRODUÇÃO

Esta é uma pesquisa que examinou as ações possessórias típicas (interditos possessórios) a partir da perspectiva do réu demandante, que formula pedido em face do autor.

A pesquisa teve como objetivo identificar e sistematizar as postulações que podem ser apresentadas pelo demandado em sede de interditos possessórios e suas formas de veiculação (simples peça de defesa ou reconvenção), com vistas a delimitar a extensão e os efeitos das faculdades postulativas con-

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES); Professor voluntário do Departamento de Direito da UFES nas disciplinas Instituições de Direito (2023/01) e Direito e Legislação Social (2023/02); Estagiário docente de Direito das Coisas (2023/01 e 2023/02); Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4588917736946889>. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0485-8365>. E-mail: eduardofsimoese@hotmail.com.

² Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Bolsista Pesquisador Capixaba da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e em Educação pela UFES; Professor Visitante do Instituto Superior de Direito Canônico de Londrina — Pontifícia Università Gregoriana de Roma; Pesquisador na Școala Doctorală — Facultatea de Drept a Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Romênia; Advogado. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br.

feridas ao réu diante das características e das técnicas processuais do procedimento possessório.

Como problemática, o estudo verificou que ainda há, na literatura jurídica brasileira, um uso indiscriminado e confuso dos vocábulos reconvenção, pedido contraposto e ação dúplice, não se fazendo distinção rigorosa entre os conceitos jurídicos de cada um. Em razão disso, ainda não se tem consenso sobre as consequências jurídicas da ausência de pedido formulado pelo réu em ação possessória, sobre a previsão do art. 556 do Código de Processo Civil e sobre a possibilidade, efeitos e limites da reconvenção apresentada no juízo possessório.

Diante disso, como problema a ser examinado, questionou-se se, diante de uma suposta duplicidade das ações possessórias típicas e do disposto no art. 556 do *Codex*, o sistema processual civil brasileiro admite a veiculação, pelo réu reconvinente, de pleitos distintos do pedido de proteção possessória e da pretensão indenizatória e se tal possibilidade não provocaria uma desnaturação do juízo possessório. Logo, a flexibilização procedimental prevista no art. 327, §2º do Código de Processo Civil também é facultada ao reconvinente em interdito possessório?

A hipótese inicialmente proposta e, ao fim, confirmada, é a de que a reconvenção pode ser utilizada nos interditos possessórias para ampliar o objeto do processo e veicular postulações diversas das elencadas no rol do art. 556 do Código de Processo Civil. A flexibilização procedimental por ela promovida, assim como a flexibilização que ocorreria através da demanda do autor, com espeque no art. 327, §2º do CPC, não prejudica o emprego das técnicas processuais especiais vocacionadas para a apreciação e tutela do pedido de proteção possessória.

Com isto, este estudo apresenta uma tese propositiva, no sentido de que uma melhor compreensão acerca das possibilidades de demanda do réu em ação possessória típica enseja uma tutela mais adequada e eficiente dos litígios possessórios.

Para tanto, utilizou-se como metodologia a abordagem qualitativa, mediante a revisão bibliográfica de diferentes fontes literárias e normativas, com abordagem analítica e exegese das normas vigentes.

2. ACTIO DUPLEX E AS AÇÕES POSSESSÓRIAS: UMA DUPLICIDADE “PROVOCADA”?

Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (2012), no plano do Direito Processual, a *actio* era *actio simplex* ou *actio duplex*. A distinção entre as duas, para autor, residia na fórmula da relação jurídica processual (autor, Estado; Estado, réu): “se a relação não fosse recíproca, poderia o juiz absolver o réu, porém não condenar o autor; para que este pudesse ser condenado, seria preciso

que o réu houvesse exercido a pretensão à tutela jurídica (exercício do direito de ação), reconvinde”.

Embora o conceito de “ações dúplices” comporte diferentes definições, tem-se considerado que a duplicidade é caracterizada pela *possibilidade de a decisão judicial poder conceder tutela positiva em favor de qualquer das partes*, sendo indiferente sua posição de autor e réu (Barinoni, 2020). Ainda que se utilize a expressão “ação dúplice”, consagrada pela literatura, sabe-se que o ser ou não dúplice é qualidade do *procedimento*, não da ação (Siqueira, 2008, p. 504).

Exemplo de procedimento dúplice propriamente dito é o da ação divisória e o da ação demarcatória, na medida em que a delimitação da área do autor naturalmente implicará uma delimitação da área do réu, e vice-versa. Segundo Marcato (2021, p. 112), a pretensão divisória ou demarcatória é necessariamente comum a ambas as partes: “consequentemente, a eventual rejeição do pedido do primeiro será suficiente para garantir resultado favorável ao segundo, independentemente de formulação expressa de pedido nesse sentido”. A reconvenção, aqui, seria inadmissível, por ausência de interesse de agir.

Resta saber se o mesmo raciocínio se aplica ou não às ações possessórias típicas (interditos possessórios).

Lafayette Rodrigues Pereira (1922, p. 45-46) defendeu, no início do século XX, a duplicidade do procedimento da ação de manutenção de posse:

Esta ação pertence à classe das duplas ou mistas (*judicia duplicia*), isto é, daquelas ações em que o autor pode se tornar réu, e o réu autor; o que em relação ao presente interdito ocorre de dois modos: a) ou quando o réu prova que é ele quem efetivamente está na posse, caso em que deve ser mantido nela, sendo o autor condenado como turbador; b) ou quando prove que relativamente a ele a posse alegada pelo autor é viciosa, hipótese em que o autor, sendo reputado esbulhador, é condenado a restituir-lhe a coisa.

Parcela da literatura encampou a ideia, sendo comum, especialmente na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a afirmação de que os interditos possessórios ostentavam “natureza dúplice” (Barinoni, 2020, p. 185).

Para José Manoel de Arruda Alvim Netto (2004, p. 23), tal característica, nas ações possessórias, dar-se-ia exatamente porque há pelo menos dois que se pretendem titulares da posse sobre a mesma coisa, o que possibilitaria que a proteção fosse para o demandante, ou, então, que essa proteção viesse a agasalhar a situação do réu. E, em virtude disto, cada um dos litigantes pode figurar simultaneamente como autor e réu, diante da circunstância de terem “iguais direitos no campo processual”.

Alvim Netto (2004, p. 23), em contrapartida, reconhece que “é necessário, para esse caráter dúplice ter significação prática, todavia, que o réu faça pedido de proteção possessória, o que é diferente, e, significa um *plus* em relação à soli-

citação da mera improcedência da ação possessória proposta”. Joel Dias Figueira Junior (1995, p. 265), no sentido, embora defenda que as ações possessórias são dúplices “por força da lei”, admite que se o réu desejar obter a tutela possessória, “e não apenas assistir à improcedência do pedido do autor, deve formular expressamente sua pretensão na própria contestação, sob pena de preclusão”.

Para essa primeira corrente, os interditos possessórios ostentam caráter dúplice (Pereira, 1922, p. 45-46) (Alvim Netto, 2004, p. 23) (Figueira Júnior, 1995, p. 265) (Miranda, 2012, p. 528) (Fulgêncio, 2015, p. 98) (Theodor Junior, 2022, p. 146) (Aurelli, 2017, p. 48) (Bueno, 2017, p. 565) (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017, p. 170). No entanto, parte dos autores que defendem tal interpretação também reconhecem que tal duplicidade não se configura automaticamente na prática, exigindo-se uma manifestação do réu, na contestação (art. 556 do CPC), requerendo expressamente a outorga da proteção possessória pelo Estado-juiz.

Percebe-se, no entanto, que concepção de procedimento dúplice adotado por essa linha de pensamento escapa à ideia original da duplicidade da *actio duplex*. No seu conceito mais estrito — ao qual referir-se-á como “*duplicidade material*” —, há *duplicidade* no procedimento quando, em razão da natureza da relação de direito material, a tutela outorgada ao autor pela procedência de sua demanda é idêntica àquela outorgada ao réu no caso de sua improcedência, *mesmo que o réu nada peça a seu favor* (Sica, 2023, p. 122). Esse fenômeno é observado já aludida ação demarcatória.

De outra banda, em sentido mais amplo, considerando o aspecto processual em detrimento do direito material discutido — a denominada “*duplicidade processual*” —, entende-se haver duplicidade quando o réu pode veicular pretensão própria e receber tutela jurisdicional *independentemente de reconvenção*.

Discorrendo sobre essa noção de duplicidade, ainda que sem reconhecê-la como acepção postada em sentido amplo (*duplicidade processual*), Kazuo Watanaabe (1983, p. 139-140) escreveu:

A extensão do objeto controvertido só pode se dar, em princípio, com a utilização dos instrumentos processuais destinados a este fim, como a ação declaratória incidental e a reconvenção, que constituem uma verdadeira outra ação. Porém, por opção legislativa estritamente delineada no vínculo histórico, em casos excepcionais se permite a ampliação do objeto controverso através de contestação. Quando isto for permitido, diz-se que a ação tem um caráter dúplice. A contestação, nessa modalidade de ação, não formula apenas uma defesa do réu, como também pode conter autênticos pedidos em seu favor, sem necessidade de reconvenção.

Na interpretação defendida neste trabalho, os interditos possessórios possuem caráter dúplice tão somente nesse sentido (*duplicidade processual*), e apenas

no que diz respeito à proteção possessória e à pretensão indenizatória, matérias constantes no rol do art. 556 do Código de Processo Civil.

No entanto, Heitor Sica (2023, p. 122) defende que a ação possessória é dúplice em sentido estrito no tocante à proteção possessória. Isso porque, segundo o autor, a demanda será julgada ou a favor do autor, ou a favor do réu, concedendo-se a mesma proteção possessória à parte que for declarada vencedora, por ter a “melhor posse”, de modo que não haveria uma “terceira solução”.

Dois pontos precisam ser esclarecidos quanto a essa afirmativa.

Em primeiro, discorda-se da percepção de que a improcedência do pleito autoral confere, por si só, proteção possessória ao réu. Luis Guilherme Aidar Bondioli (2009, p. 63) denota que, com o fim do processo, o réu sai do processo nas mesmas condições em que entrou. Ficará com a posse do bem apenas porque já a tinha anteriormente. Se ele não possuísse o bem, a improcedência da demanda nada lhe traria.

Trata-se, nas palavras do autor, de “resultado semelhante ao ordinariamente programado para todo processo que se encerra com sentença de improcedência”, de modo que “o réu não recebe sentença reconhecedora da sua posse nem fica livre de futura demanda possessória apoiada em distinta *causa petendi*” (Bondioli, 2009, p. 63).

Rodrigo Barinoni (2020, p. 186), rejeitando o caráter dúplice das ações possessórias, também reconhece que a decisão de improcedência do pedido formulado pelo autor não atribuiu a posse ao réu: “antes, apenas rejeita a pretensão do autor. A decisão de rejeição do pedido o autor é declaratória negativa, que não se converte em declaração positiva em favor do réu”. Assim,

a formulação de pedido pelo réu em contestação é essencial para que possa obter a tutela possessória. À falta de pedido, o juiz não poderá conceder ao réu providência positiva. E tampouco a sentença de improcedência poderá ter eficácia executiva contra o autor, para o fim de obter situação jurídica diversa daquela anterior ao ajuizamento da demanda (Barinoni, 2020, p. 186).

Nesse sentido, Patrícia Arruda Pereira (2020, p. 84) reconhece que nas ações possessórias a concessão da tutela jurisdicional em favor do demandado depende da sua *atuação ativa* no processo. É imprescindível a formulação expressa do pedido de proteção possessória e/ou de indenização. Afinal, “se a simples improcedência da demanda já fosse suficiente para a concessão de proteção possessória em favor do demandado, não precisaria o legislador ter autorizado expressamente a apresentação do pedido em contestação”, tal como fez no art. 556 do Código de Processo Civil.

João Batista Monteiro (1987, p. 79), consonantemente, escreveu que, não sendo dúpliques por natureza as ações possessórias, o juiz não poderá outorgar a tutela ao réu se ele não a pediu, ou seja, “a ação será julgada improcedente,

mas, na falta de pedido expresso e determinado do réu, não poderá ser-lhe tutelada a sua posse”.

Fernando Jacob Netto encampa tal interpretação, ao aduzir que “o legislador não autorizou a concessão da tutela processual da posse ao réu independentemente de pedido — o que naturalmente ocorreria nas verdadeiras ‘ações dúplices’ —, e por isso a sua obtenção depende do expresso pedido” (Jacob Netto, 2013, p. 185).

Na esteira desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça (Fabricio, 2008) já decidiu que “a ação possessória julgada improcedente não tem o condão de convalidar a posse do réu se este assim não requereu expressamente em sede de contestação” (STJ, RMS 20.626/PR, relator Ministro Paulo Furtado, Terceira Turma, julgado em 15/10/2009). Adotando o mesmo parâmetro em relação à pretensão de indenização por benfeitorias no bojo de ação possessória (STJ, REsp n. 1.836.846/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/9/2020).

Desse modo, é inegável que a improcedência da ação possessória, por si só, não representa tutela judicial dispensada à posse do demandado. Caso representasse, aí sim poder-se-ia sustentar a duplicidade “natural” (duplicidade material ou duplicidade em sentido estrito) das ações possessórias (Fabricio, 2008).

O segundo ponto a ser esclarecido quanto à afirmativa mencionada guarda relação com a disposição do art. 556 do Código de Processo Civil, assim como com a técnica do pedido contraposto.

3. A técnica do pedido contraposto e o art. 556 do Código de Processo Civil

A afirmativa de que as ações possessórias ostentam natureza dúplice (como sinônimo de “duplicidade material”) revela uma confusão conceitual de duas figuras dogmáticas distintas: (i) a *actio duplex*; e (ii) a técnica do pedido contraposto, inserta no permissivo do art. 556 do Código de Processo Civil.

Em verdade, percebe-se uso indiscriminado e confuso dos vocábulos reconvenção, pedido contraposto e ação dúplice, não se fazendo distinção rigorosa entre os conceitos jurídicos de cada um (Bondioli, 2009, p. 35).

A possibilidade apresentada pelo art. 556 do CPC/2015 de o réu demandar proteção possessória e apresentar pretensão indenizatória em face do autor por via de contestação (“duplicidade processual”) é o que, quando concretizada, faz com que a ação possessória desempenhe efeitos jurisdicionais práticos semelhantes à *actio duplex*. Isso porque, nesse caso, o juiz necessariamente terá que apreciar a pretensão do autor e do réu, conferindo tutela jurisdicional que regule diretamente a situação possessórias de ambos.

Essa possibilidade de demandar na contestação, utilizando-se de *pedido contraposto*, constitui, nas palavras de Jacob Netto (2013, p. 254), “técnica de facilitação de reconvenção”, isto é, uma hipótese de reconvenção à qual a lei atribui um “formalismo atenuado” (Machado, 2014, p. 77).

Essa técnica que é facultada ao réu, no entanto, não outorga às ações possessórias típicas uma duplicidade em sentido estrito (*duplicidade material*), diante da necessidade de o réu postular, de forma ativa e expressa, a proteção possessória.

Antonio Carlos Marcato (2021, p. 98) sustenta o pedido contraposto não encontra guarida no procedimento das ações possessórias, uma vez que técnica pressupõe a “existência de identidade do conjunto fático em que ambas as partes apoiam seus pedidos, ao passo que nas ações dúplices tais requisitos não são necessariamente exigidos”.

Entende-se, todavia, que o pedido contraposto pode ampliar o objeto da cognição judicial, apresentando outros fatos (causa de pedir remota), distintos dos relatados pelo autor, e introduzir fundamentos jurídicos do pedido do réu (causa de pedir próxima). Em semelhante sentido se posiciona Heitor Sica (2011, p. 174), ao aduzir que

no tocante à segunda diferença entre as figuras *sub examine*, autorizada doutrina pronunciou-se no sentido de que o pedido contraposto não amplia o objeto da cognição judicial. Parece-nos que essa assertiva é equivocada, pois a limitação da cognição recai sobre o mesmo “episódio da vida” narrado pelo autor em sua peça inicial. Fatos secundários, relativos ao mesmo evento, podem perfeitamente ser alegados e, naturalmente, alargam o material sobre o qual recairá a atividade jurisdicional cognitiva. Ademais e principalmente, outros fatos, mesmo que principais, poderiam muito bem ser invocados para embasar o pedido contraposto, desde que digam respeito ao mesmo “episódio da vida”.

Marcelo Pacheco Machado (2014, p. 77), no sentido, reconhece que o pedido contraposto dos interditos possessórios representa “ato postulatório, de natureza argumentativa e que tem como escopo alterar o objeto litigioso do processo”. O réu, ao formular o pedido contraposto, não apenas resiste à pretensão do autor, mas pede que este mesmo efeito jurídico seja proferido em seu favor e contrariamente ao réu, isto é, “trata-se de pedido que implica necessidade de um novo comando sentencial, o qual não existiria sem esta manifestação de vontade específica do réu”.

Esse potencial de ampliação da cognição judicial — notadamente no seu plano horizontal — não implica na ampliação irrestrita do objeto do processo (Dinamarco, 2017, p. 443445), que não poderá abarcar, nesse caso, outras postulações além daquelas passíveis de serem veiculadas por essa via (pedido contraposto), consoante o disposto no art. 556 do CPC/2015. Somente com a

reconvenção, introduzindo pedidos de outra natureza, é que haveria uma *maior* ampliação do objeto do processo.

Por isso, entende-se que a possibilidade de pedido contraposto em relação às duas matérias elencadas no art. 556 do CPC/ 2015 — proteção possessória e pretensão indenizatória — confere às ações possessórias típicas a denominada *duplicidade processual* (que se resume à desnecessidade e inutilidade de demandar por via de reconvenção), e não a duplicidade em sentido restrito (“duplicidade material”).

Além disso, entende-se que a técnica do pedido contraposto do art. 556 do CPC, embora possa ser enxergada como “regra com vocação para a ação de força nova” (Mazzei, 2023, p. 300), aplica-se nos mesmos moldes às ações de força velha. Corrobora esse entendimento a topografia da referida formulação normativa, que está disposta na seção das “Disposições Gerais” do Capítulo das “Ações Possessórias” no CPC.

Discorda-se da sistematização proposta por Heitor Sica (2023, p. 123), segundo a qual o art. 556 do CPC retrata dois fenômenos: “o da ação dúplice em sentido próprio (primeira parte) e o de efetivo contra-ataque do réu em face do autor (segunda parte), embora feito de maneira mais simples do ponto de vista formal que a própria reconvenção”. Semelhante proposição é defendida por José Miguel Garcia Medina (2020, p. 966) e por Marco Aurélio Bezerra de Melo e José Roberto Mello Porto (2023, p. 215-216).

No entender aqui defendido, tal concepção mostra-se despropositada e parcialmente incorreta, por dois motivos.

Em primeiro, a duplicidade em sentido estrito (*duplicidade material*) não está configurada no tocante à proteção possessória. O pedido expresso formulado pelo réu é imprescindível — assim como a prova dos requisitos ensejadores de tal proteção — para que o juiz lhe outorgue tutela jurisdicional, o que colide frontalmente com a própria definição do conceito de duplicidade material.

Em segundo, sabe-se que ambas as postulações do rol do art. 556 do CPC (proteção possessória e pedido de indenização) estão englobadas pela técnica do pedido contraposto. Inexiste a necessidade e utilidade de reconvenção para veiculá-las, o que caracteriza a *duplicidade processual* (duplicidade em sentido amplo). Desse modo, tanto a posse (do réu) a ser protegida como o direito à indenização deverão ser *pedidas e provadas*.

O pedido contraposto pressupõe número menor de “formalidades”, dispensando fixação do valor da causa, pagamento de custas ou outras exigências do art. 319 do CPC, e limita-se às matérias do art. 556 do CPC — diferentemente da regra geral da reconvenção, que pode veicular qualquer pretensão que possua conexão com a ação principal ou com os fundamentos da defesa (art. 343 do CPC). Tais diferenças, todavia, não lhe retiram a natureza de efetiva demanda do réu, com potencial de ampliação do objeto do processo.

Considerando o rol de postulações delimitado pelo art. 556 do CPC, que restringe os pedidos a serem formulados em contestação através do *pedido contraposto*, entende-se que o demandado pode se utilizar de reconvenção para veicular outras pretensões além da proteção possessória e da indenização. Também pode ser utilizada para introduzir terceiros na relação jurídica processual (art. 343, §3º, do CPC), ao aduzir, por exemplo, que a moléstia à posse é praticada pelo autor e por terceiro (Pereira, 2020, p. 86).

A reconvenção em sede de ação possessória é, de forma geral, admitida pelos tribunais pátrios para casos de formulação de pedidos diversos daqueles expressamente autorizados pelo art. 556 do CPC — *u.g.*, pedido de devolução em dobro de valores cobrados indevidamente, revisão de cláusulas contratuais e resolução e anulação de compromisso de compra e venda³.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento histórico no sentido de que “a natureza dúplice da ação possessória não tem o condão de afastar, em tese, a possibilidade de reconvenção” (STJ, REsp n. 119.775/SP, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 12/5/1998). Consonantemente, parcela majoritária da literatura também reconhece a possibilidade de utilização da reconvenção pelo réu para veicular outras pretensões que não as elencadas no art. 556 (Marcato, 2021, p. 97) (Melo, 2023, p. 217) (Sica, 2023, p. 123) (Jacob Netto, 2013, p. 186-187) (Fabrício, 2015, p. 1.445-1.448). Em sentido contrário, por todos, Welder Queiroz dos Santos (2015).

A admissão, em termos abstratos, da reconvenção no bojo dos interditos possessórios para veicular pretensões para além do rol do art. 556 do CPC/2015 suscita uma indagação relevante: a veiculação, pelo réu reconvincente, de postulações que extrapolam o pedido de proteção possessória e a pretensão indenizatória não provocaria uma desnaturação do juízo possessório?

É saber, o objeto da cognição — assim como o objeto do processo — não mais estaria restrito à análise e tutela do *jus possessionis*, mas de outros direitos materiais. Com a introdução de pretensões relativas, *u.g.*, a matérias contratuais, ainda se estaria diante de um interdito possessório propriamente dito? Consequentemente, ainda aplicar-se-ão as disposições específicas do procedimento

³ TJSP - **Agravo de Instrumento 2011932-63.2014.8.26.0000**; Relator: Maria de Lourdes Lopez Gil; 36ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 20/03/2014; Data de Registro: 21/03/2014; TJSP - **Agravo de Instrumento 0076506-37.2011.8.26.0000**; Relator: Francisco Giaquinto; 13ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 31/08/2011; Data de Registro: 02/09/2011; TJDFT - **APC 20110110979434**, Relator: Romulo de Araujo Mendes, 1ª Turma Cível, Data de julgamento: 16/3/2016, Publicado no DJE: 07/04/2016; TJDFT - **APC 20120111989029**, Relator: Silva Lemos, 3ª Turma Cível, Data de julgamento: 22/1/2014, Publicado no DJE: 17/02/2014; TJMG - **Apelação Cível 1.0271.14.000921-5/002**, Relator: Valdez Leite Machado, 14ª Câmara Cível, Julgamento em 20/05/0017, Publicação da súmula em 05/06/2017.

possessório, como as previstas no parágrafo único do art. 557, nos §§ 1º e 3º do art. 554 ou no art. 559, todos do Código de Processo Civil?

O suposto problema denotado revela um conflito aparente, que não subsiste após uma análise sistêmica do sistema processual civil do CPC.

4. RECONVENÇÃO NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS E FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL: APLICAÇÃO DO ART. 327, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A reconvenção pode ser definida como “ação do réu contra o autor, mediante a qual o segundo contra-ataca o primeiro no mesmo processo por ele já instaurado, formulando uma pretensão própria, a qual poderia ser exercitada por meio de demanda apartada” (Sica, 2011, p. 169-170).

Representa, portanto, exercício do direito de ação pelo originalmente demandado, que veicula sua pretensão contra aquele que inicialmente demandou. Tal pretensão (pretensão reconvenicional) se baseia em questões de fato e de direitos novos. Por isso, como aponta Heitor Sica, a reconvenção possui aptidão para ampliar o âmbito da cognição judicial, o objeto do processo e — havendo julgamento do mérito — o objeto da coisa julgada (Sica, 2011, p. 170).

Compreender a reconvenção como uma forma do exercício do direito de ação é premissa necessária para a resposta das indagações apresentadas anteriormente.

As ações possessórias típicas (interditos possessórios) tiveram seu respectivo procedimento mantido pelo diploma processual vigente. Mas não só: o Código de Processo Civil de 2015 adicionou novos regramentos processuais, notadamente direcionados para ações possessórias com polo passivo multitudinário, como se depreende do art. 565.

Embora tenha sua razão de existir e sua “especialidade” questionadas por parcela da literatura, o procedimento possessório contempla regras próprias e expressamente delimitadas no Capítulo a ele dedicado no Código de Processo Civil. São estas: (i) a fungibilidade prevista no art. 554, *caput*, do CPC/2015; (ii) a limitação da cognição no plano horizontal (art. 557, parágrafo único, do CPC/2015 cumulado com o art. 1.210, § 2º, do Código Civil); (iii) regras para a citação das ações possessórias composta por polo passivo multitudinário (§§ 1º e 3º do art. 554, CPC; (iv) postulação de caução (art. 559, CPC/2015); e (v) possibilidade de pedido contraposto (art. 556, CPC/2015).

As disposições supracitadas aplicam-se tanto às ações de força nova quanto às ações de força velha. São regras atraídas pelo caráter possessório da demanda. O parágrafo único do art. 558 deixa claro que a distinção traçada entre as duas “ações” (de força nova e de força velha) só diz respeito ao rito procedimental, não à substância da proteção possessória (Fabricio, 2015, p. 1.449).

Há, ainda, regras específicas aplicáveis a depender da data da moléstia praticada contra a posse — até um ano e dia, a ação possessória é de força nova; passado esse período, a ação é de força velha. Tem-se, assim: (i) a previsão da antecipação de tutela satisfativa no art. 562 do CPC/2015, inclusive com possibilidade de designação de audiência de justificação prévia, para as ações de força nova; e (ii) a previsão de autocomposição específica e inspeção judicial nas ações possessórias de força velha composta por polo passivo multitudinário (art. 565, CPC).

Em verdade, as regras supracitadas, que juntas compõem as peças do trilho do procedimento possessório, representam *técnicas processuais* — algumas mais especiais do que outras.

Como técnicas, não permanecem atadas ao procedimento que as prevê e as detalha. O sistema de processo civil atual — em contraposição ao paradigma do Código de Processo Civil de 1973 — prevê, como forma de flexibilização procedimental, o livre trânsito das técnicas processuais, nos mais variados sentidos: do procedimento comum para o especial; do especial para o comum; e entre procedimentos especiais.

A possibilidade de aplicação das técnicas de *forma interativa*, em diferentes direções, é interpretação extraída pela literatura jurídica a partir de dispositivos como o art. 327, §2º e art. 771, *caput* e parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil de 2015.

Para Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, a disposição do art. 327, §2º permite concluir que o procedimento comum do sistema vigente é *adaptável, maleável, flexível* e receptivo à incorporação, ainda que episódica, de técnicas diferenciadas pensadas para procedimentos especiais. Segundo os autores, o dispositivo representa “cláusula geral” que “pode ser a fonte normativa de reafirmação e do desenvolvimento do princípio da adequação do procedimento” (Didier Junior, 2023, p. 67).

A incorporação e transporte de técnicas entre procedimentos devem seguir dois critérios. A análise da *compatibilidade* e da *adequação* é o que norteará o traslado das técnicas, tendo o direito material como bússola.

Nesse sentido, o art. 327, §2º dispõe que quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum. Porém, não haverá prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas, previstas nos procedimentos especiais correspondentes a um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

Em suma, a formulação normativa supracitada prevê que ao autor será facultado o emprego das técnicas especiais no em processo regido pelo procedimento comum, para os casos em que um ou mais dos pedidos cumulados corresponder a um procedimento especial. Ressalta-se a exigência normativa

expressa de que a técnica a ser importada deve se mostrar *compatível com o procedimento comum*.

Fernando da Costa Gajardoni e Camilo Zufelato (2020, p. 153), para quem o art. 327, §2º representa uma forma de *flexibilização legal genérica* do procedimento, sustentam que “não se tem, na hipótese em que é aplicada a parte final do art. 327, § 2º, do CPC/2015, o emprego do procedimento comum”. Isso porque, segundo eles, a possibilidade de inserção de etapas procedimentais e técnicas diferenciadas dos procedimentos especiais no procedimento comum provocaria a desnaturalização deste, “tornando o procedimento empregado nos casos de cumulação de pedidos que tenham ritos distintos, especial”.

A flexibilização, nesse aspecto, se concretizaria através não apenas de acoplamento de técnicas especiais ao procedimento, mas por meio de uma verdadeira *combinação de ritos processuais*, tendo-se o procedimento comum como base procedimental padrão a ser seguida (Gajardoni; Zufelato, 2020, p. 153-154). Haveria, então, a gênese de um “*terceiro*” procedimento, moldado para as especificidades do caso e concebido a partir da síntese entre o procedimento comum e o procedimento especial. Defendem Fernando Gajardoni e Camilo Zufelato (2020, p. 156) que “é casuística a análise da possibilidade de inserção de etapas ou técnicas dos procedimentos especiais no rito comum”, já que a regra do art. 327, § 2º, 2ª parte, do CPC, “é inserida dentro do modelo da flexibilização legal genérica do procedimento, com o juiz sendo o responsável em alisar o cabimento da combinação de procedimentos”.

No entanto, a ideia de que a combinação de ritos processuais levaria à construção de um “terceiro” e “novo” procedimento pode ensejar conclusões equivocadas. Por essa linha, seria possível sustentar — equivocadamente — que esse procedimento “sintetizado” e supostamente “adaptado” deveria reger a *integralidade do processo*, isto é, aplicando-se indiscriminadamente a todos os pleitos formulados pela parte.

Trata-se de interpretação aparentemente encampada pelos autores mencionados, ao tratarem do emprego de técnicas processuais diferenciadas em caso de pedido de tutela possessória cumulado com pedido de resolução do contrato. Afirmam que, nesse caso, o traslado das técnicas é vedado por opção político-legislativa, considerando o cabimento do procedimento especial para tutela do direito de posse:

A legislação processual brasileira, por exemplo, possibilita a concessão de tutela da evidência (art. 562 do CPC) para as ações possessórias processadas pelo rito especial, admitidas que são nas hipóteses em que o esbulho ou a turbação tiverem ocorrido dentro de ano e dia do ajuizamento da ação (art. 558 do CPC). Todavia, acaso cumulado ao pedido de proteção possessória o pleito prévio de rescisão do contrato (que justificaria a posse do demandado), teríamos conflitos de procedimentos, já que a ação de rescisão de contrato não correria pelo rito

especial (segue o rito comum), enquanto a possessória de força nova seguiria o procedimento especial já referido.

Nestes casos, sempre foi da tradição do direito brasileiro admitir a cumulação entre rescisão de contrato e reintegração de posse, com processamento pelo rito comum. Porém, o autor não terá a possibilidade de obter a tutela da evidência do art. 562 do CPC, pois o direito a ela é derivado do pedido de proteção possessória cujo esbulho ou turbação tenha ocorrido dentro de ano e dia, algo que não pode ser afirmado na ação de procedimento comum com pedidos cumulados, enquanto não for reconhecida a rescisão do contrato que suporta a posse do polo passivo (Gajardoni; Zufelato, 2020, p. 156)

A limitação colocada no caso exemplificado pelos autores, é, em verdade, de ordem fática e lógica, e não de natureza técnico-processual. Isso porque, na hipótese descrita, o direito à reintegração de posse só existirá quando previamente comprovado o direito à resolução contratual — isto é, o direito de ser reintegrado como consequência da resolução contratual. Assim, não há como se demonstrar o esbulho praticado antes disso, porquanto, até o reconhecimento do direito à resolução contratual, não há esbulho praticado, mas apenas posse autorizada do réu.

Nesse caso, a concessão da tutela antecipada do art. 562 é inviabilizada ante a impossibilidade de comprovação liminar dos seus requisitos próprios, notadamente os dispostos nos incisos II, III e IV do art. 561 (prática da moléstia, data da sua ocorrência e a perda da posse ou a continuação da posse turbada). A solução possível ao autor, portanto, seria embasar o pedido de tutela antecipada no permissivo dos arts. 300 e 311 do CPC/2015, comprovando-se seus requisitos genéricos — não atrelados à demonstração da moléstia praticada e da perda da posse plena.

No entanto, um outro exemplo permite elucidar que é possível a flexibilização procedimental do art. 327, §2º, para caso de tutela possessória. Basta pensar no ajuizamento de ação condenatória por perdas e danos cumulada com pedido de reintegração de posse.

Nessa hipótese, o direito à reintegração não depende do reconhecimento de um direito prévio do demandante. O mesmo fato — *n.g.*, um esbulho violento que causou danos materiais ou morais — pode constituir a causa de pedir remota tanto do pedido de indenização quanto do pleito de reintegração — o art. 555 do CPC/2015 prevê expressamente a possibilidade da cumulação dessas duas espécies de postulações. Logo, é possível que o autor comprove os requisitos necessários à concessão da liminar do art. 562, comprovando-se a sua posse anterior, o esbulho e a data de sua prática e a perda da posse dele decorrente.

Nessa hipótese, não há propriamente uma “terceira espécie” de procedimento, fruto da combinação de dois ou mais, que regerá integralmente o processo. Em verdade, utilizar-se-á da técnica especial do art. 562 do Código de

Processo Civil — antecipação de tutela satisfativa com base em requisitos próprios — apenas para a tutela do pedido possessório. O pedido indenizatório, por sua vez, será analisado sob o regramento do procedimento comum, não podendo ser tutelado através da técnica antecipatória do art. 562, por se tratar de direito material diverso do direito de posse.

E não apenas a técnica do art. 562 do Código de Processo Civil poderá ser importada para o procedimento regente de demanda que veicule pedido de tutela possessória cumulado com pedidos de natureza distinta — *vg.*, de resolução contratual.

Como observam Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha (2023, p. 68), a técnica da cognição limitada no procedimento possessório (irrelevância da *exceptio domini*), prevista no parágrafo único do art. 557 do Código de Processo Civil, pode ser aplicada no procedimento comum, em caso de acumulação de pedido possessório e outro de natureza diversa. Se isso ocorrer, o procedimento, segundo os autores, seria o comum, “mas a cognição, *em relação ao pedido possessório*, seria limitada”.

Além disso, é possível que o autor requeira a citação por edital e a intimação do Ministério Público dispostos no art. 554, §1º, do Código de Processo Civil, relativas a ações possessórias com grande número de pessoas no polo passivo. “Se isso não for incompatível com o rito ordinário — e de fato não é —, não há prejuízo de adoção destas técnicas procedimentais mistas” (Alvim Netto, 2016, 158-159). A dita possibilidade também se estende, no contexto de ações possessórias multitudinárias, às disposições do art. 565, *caput* e §§ 1º e 3º.

Do exposto, duas conclusões acerca da flexibilização procedimental — especificamente na tutela possessória — são extraídas.

A primeira é que o direito material é o principal responsável pela atração das técnicas especiais e por orientar a sua aplicação. A adequação e compatibilidade serão avaliadas tendo ele como principal fator.

A segunda é que, embora possa se falar na combinação de procedimentos, cada pedido será analisado e tutelado através das técnicas compatíveis e adequadas ao direito material correspondente. Se não houver técnicas especiais adequadas e compatíveis para tutela do direito material referente a determinado pleito, a apreciação e tutela deste dar-se-á mediante o regramento do procedimento comum.

Por essa razão, parece mais adequado compreender o art. 327, § 2º, do CPC/2015 como cláusula geral da *importação de técnicas* de procedimentos especiais (codificados ou não) para o procedimento comum. A flexibilização procedimental concebida pelo referido dispositivo pode ser concretizada, em determinados casos, através da importação de *apenas uma* técnica especial para a tutela de um dos pedidos, o que não parece se enquadrar no conceito de “combinação de ritos processuais”.

Seria possível falar, por certo ângulo, ao revés, numa *visão procedimental*, de modo que cada pleito é passível de ser apreciado e tutelado em trilhos procedimentais distintos — compostos por técnicas específicas —, mas ainda no mesmo processo. Exemplo notório, citado por Fernando Gajardoni e Camilo Zufelato (2020, p. 158), é a cumulação, pelo rito comum, de pedido de indenização por dano material, fundado em prova escrita sem eficácia de título executivo, com pedido de indenização por dano moral, a ser demonstrado por prova oral, com aplicação da técnica monitoria (art. 700 do CPC):

Neste caso, o juiz emite, com base na verossimilhança da prova escrita, ordem de pagamento para o devedor (art. 701 do CPC) quanto ao primeiro pedido (danos materiais), e determina a citação do requerido para resposta quanto ao outro pedido (danos morais). Caso o devedor conteste os dois pedidos da demanda, segue-se o rito comum, com ampla possibilidade de produção de provas. Caso, contudo, conteste apenas o pedido de dano moral, sem impugnar o de dano material (para o qual está a se empregar a técnica monitoria), o mandado de pagamento será convertido em título executivo judicial, cindindo-se os momentos decisórios do processo, algo que não encontra problema algum na prática forense, inclusive em vista a admissão dos julgamentos parciais de mérito no art. 356 do CPC.

Inegável, portanto, que a flexibilização procedimental prevista no art. 327, §2º, do Código de Processo Civil é passível de aplicação em casos de cumulação com pedido de tutela possessória.

O problema que se impõe é o fato de o referido dispositivo mencionar apenas o autor como agente responsável pelo emprego da técnica de flexibilização. Isso leva à seguinte indagação: ao réu reconvincente não seria franqueada tal possibilidade?

Compreendendo-se a reconvenção como forma de exercício do direito de ação pelo originalmente demandado, que veicula sua pretensão contra aquele que inicialmente demandou, entende-se que a flexibilização procedimental a que se refere o art. 327, §2º, também é, a princípio, facultada ao reconvincente — ainda que com certas limitações, principalmente de ordem temporal.

Partindo dessa premissa, volta-se a analisar a indagação posta ao fim do tópico anterior. Questionou-se se (i) a veiculação, pelo réu reconvincente, de postulações diversas das do rol do art. 566 não provocaria uma desnaturação do juízo possessório; e (ii) se as disposições relativas às ações possessórias permaneceriam sendo aplicadas nesse caso.

Pode gerar certa inquietude e perplexidade o fato de que o autor, optando pelo procedimento típico dos interditos possessórios, poderia ter esse procedimento “desnaturado” por vontade do réu reconvincente, a quem supostamente seria facultado, a partir do art. 327, §2º, “transpor” o processo para os trilhos do procedimento comum. É preciso, no entanto, esclarecer alguns pontos.

O que atrai as aplicações das técnicas específicas previstas para o procedimento possessório não é o *nomen iuris* da “ação”, isto é, se a demanda se enquadra como ação de reintegração de posse, ação de manutenção de posse ou interdito proibitório; mas o pedido de tutela possessória calcada no direito de posse (*jus possessionis*). Tais técnicas estão ligadas, portanto, ao pedido de tutela possessória com fulcro no *jus possessionis*. Não estão amarradas ao procedimento possessório em si.

Logo, ainda que se veicule outras pretensões diversas das do rol do art. 556 do Código de Processo Civil — *v.g.*, pedido de devolução em dobro de valores cobrados indevidamente, revisão de cláusulas contratuais e resolução e anulação de compromisso de compra e venda — o pedido de tutela possessória continuará sendo examinado e tutelado pelas disposições específicas do procedimento dos interditos possessórios — sem prejuízo de aplicação de regras do procedimento comum. Nesse sentido, a referida “transposição” do processo para o procedimento comum, promovida pelo réu reconvinente através da aplicação do art. 327, §2º, não representaria nenhum prejuízo para a pretensão veiculada pelo autor, que se ateve à tutela possessória.

Fato é que o procedimento comum — *rectius*: seu regramento — só será adotado para a análise das pretensões de outras naturezas veiculadas pelo réu, dividindo-se o *iter* procedimental para estas questões do *iter* procedimental para a tutela do pedido de caráter possessório. Por exemplo, caso o réu reconvinente pleiteie a tutela antecipada do art. 562 do diploma processual em seu favor, o objeto da tutela concedida se restringirá à reintegração ou manutenção da posse, não podendo abarcar os pleitos de outra natureza.

Outro exemplo é o da audiência de conciliação prevista no caput do art. 565 do Código de Processo Civil. Nesse caso, a audiência, a princípio, servirá apenas para dirimir questões relativas ao litígio possessório, não necessariamente abarcando os pleitos de outra natureza — a não ser que assim seja convenicionado pelas partes. Além disso, a limitação cognitiva do art. 557, parágrafo único, do CPC (inadmissão da *exceptio domini*) também seria mantida *em relação ao pedido possessório*, mesmo com a suposta regência do processo pelo procedimento comum a partir da aplicação do art. 327, §2º.

Observa-se que todas as técnicas específicas do procedimento possessório, que não se enquadra no conceito de *procedimento especial infungível*, são passíveis de transporte — sempre que a situação do direito material indicar a *adequação e compatibilidade* do traslado. Com efeito, não haveria prejuízo algum para a tutela da pretensão veiculada pelo autor, que continuaria a dispor — especificamente para a tutela da posse — das técnicas do procedimento possessório aplicáveis desde o momento de ingresso em juízo.

Desse modo, responde-se à primeira indagação: não haveria desnaturação do juízo possessório, na medida em que tanto o réu, por reconvenção, quanto

o autor detêm a faculdade de flexibilizar o procedimento, adotando-se o procedimento comum sem prejuízo de aplicação das técnicas especiais compatíveis e adequadas à tutela possessória.

A segunda indagação também é respondida: ainda se aplicarão as disposições específicas do procedimento possessório que sejam compatíveis com o direito de posse deduzido em juízo — *v.g.*, a tutela antecipada do art. 562, caso se trate de ação de força nova; ou as previsões contidas no *caput* e parágrafos do art. 565, em caso de ação possessória envolvendo multidões.

Com isso, demonstra-se que a reconvenção pode ser utilizada nos interditos possessórias para ampliar o objeto do processo e veicular postulações diversas das elencadas no rol do art. 556 do Código de Processo Civil. A flexibilização procedimental por ela promovida, assim como a flexibilização que ocorreria através da demanda do autor, com espeque no art. 327, §2º do CPC, não prejudica o emprego das técnicas processuais especiais vocacionadas para a apreciação e tutela do pedido de proteção possessória.

5. CONCLUSÃO

A hipótese inicialmente aventada nesta pesquisa se confirmou ao longo de seu desenvolvimento. Assim, pode-se afirmar inequivocamente que o réu em interdito possessório pode se utilizar da reconvenção para veicular pleitos diversos daqueles elencados no art. 556 do Código de Processo Civil, sem que isso desnature o juízo possessório ou prejudique a tutela da posse.

Verificou-se que a flexibilização procedimental do art. 327 §2º do diploma processual é aplicada nesse caso, adotando-se o procedimento comum para pedidos de natureza diversa sem prejuízo de aplicação das técnicas especiais compatíveis e adequadas à tutela possessória. Dessa forma, ainda se aplicarão as disposições específicas do procedimento possessório que sejam compatíveis com o direito de posse deduzido em juízo — *v.g.*, a tutela antecipada do art. 562, caso se trate de ação de força nova; ou as previsões contidas no *caput* e parágrafos do art. 565, em caso de ação possessória envolvendo multidões.

Em segundo plano, o estudo concluiu que as ações possessórias típicas possuem uma duplicidade em sentido amplo (duplicidade procedimental) apenas no que se refere à proteção possessória e à pretensão indenizatória, matérias previstas no rol do art. 556 do Código de Processo Civil. Também se definiu que esse dispositivo prevê a técnica do pedido contraposto, a ser utilizado pelo réu para demandar proteção possessória e indenização sem necessidade de reconvenção, isto é, postulando por meio de simples peça de defesa (contestação).

6. REFERÊNCIAS

- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Defesa da posse e ações possessórias. **Revista de Processo**, Vol. 114/2004, pp. 9-66, 2004.
- AURELLI, Arlete Inês. Das ações possessórias. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). **Comentários ao código de processo civil (arts. 539 a 925)**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 41-60.
- BARINONI, Rodrigo. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. 11. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **Reconvenção no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CERQUEIRA, Társis Silva de. **O procedimento comum e sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 327, §2º, do novo Código de Processo Civil**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2019.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2023.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Das ações possessórias. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1437-1462.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Vol. 8. Tomo 3. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Liminares nas ações possessórias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias: teoria legal — prática**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, 14, n. 3, set. — dez., pp. 135-163, 2020.
- JACOB NETTO, Fernando. **Tutela processual da posse**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. Demanda, reconvenção e defesa: o que é o que é? **Revista de Processo**, vol. 236, pp. 71 — 96, out. 2014.
- MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. Vol. 3. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Ações possessórias de força nova e força velha: pequenas notas. *In*: MENDES, Gilmar; *et al.* (orgs.). FERNANDES, Victor Oliveira; ALFE, Hannah Pereira (coords.). **Ensaio sobre direito constitucional, processo civil e direito civil: uma homenagem ao professor José Manoel de Arruda Alvim**. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023, p. 292-302.
- MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. *In*: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coords.). **Processo de execução e cumprimento de sentença: temas atuais e controversos**. São Paulo: RT, 2020, p. 19-35.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de; PORTO, José Roberto Mello. **Posse e usucapião: direito material e direito processual**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo 10. Parte especial. Direito das coisas: posse. Atualizado por Luiz Edson Fachin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, João Batista. **Ação de reintegração de posse**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil: direitos reais**. Vol. 4. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das cousas**. Adaptação ao código civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1922.

PEREIRA, Patrícia de Arruda. **A técnica processual antecipatória na proteção da posse**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Espírito Santo. Orientador: Prof. Dr. Gilberto Fachetti Silvestre. Vitória, 2020.

SANTOS, Welder Queiroz dos. Comentário ao art. 556. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Ações possessórias. *In*: DINAMARCO, Cândido Rangel; DINAMARCO, Pedro da Silva; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho (coords.). **Instituições de direito processual civil**. Vol. 6. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 99-154.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Ricardo Alexandre da; LAMY, Eduardo. **Comentários ao código de processo civil: artigos 539 ao 673**. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOTT, Airton. Reconvenção em ação possessória. **Revista de Processo**, Vol. 85/1997, pp. 354-357, 1997.

THEODOR JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: procedimentos especiais**. Vol. 02. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

WATANABE, Kazuo. Ação dúplice. **Revista de Processo**, Vol. 31, 1983, pp. 138-143.

REVISITANDO AS FONTES DE NORMAS PROCESSUAIS¹

Carlos Frederico Bastos Pereira²

1. INTRODUÇÃO

O livro “Teoria Geral do Processo”, de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, é um verdadeiro clássico do direito processual brasileiro, quer pela originalidade à época do seu lançamento, quer pelo seu sucesso atestado em inúmeras e sucessivas edições. Desde a primeira edição, do ano de 1974, a primeira parte do livro dedica um capítulo às chamadas “fontes da norma processual”. Particularmente, acredito não existir uma maneira melhor de prestar homenagem a uma obra e seus autores do que debater cientificamente suas ideias, com seriedade, respeito e honestidade intelectual. Esse será o meu propósito ao revistar o tema das fontes de normas processuais no presente artigo.

É que, na grande maioria das vezes, o exame das fontes de normas processuais sempre foi reservado a um segundo plano na Teoria Geral do Processo, sem maiores destaques. São emprestadas lições da teoria das fontes do direito em geral e, pontualmente, são estabelecidas pequenas e específicas diferenças em relação às fontes do direito processual. Por conta disso, o que temos são citações sem maiores reflexões à Constituição, à lei federal, aos costumes e à juris-

¹ Trabalho publicado originariamente em: *50 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Coord.: Flávio Luiz Yarshell *et al.* Londrina: Toth, 2024. p. 195-218.

² Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP). Advogado. fredbastospereira@gmail.com

prudência, mas também aos princípios gerais do direito, à analogia e à equidade, ignorando a complexidade e a pluralidade de fontes normativas que regulam o direito processual atualmente.

É verdade que, mais recentemente, ganharam destaque algumas análises em separado de outras fontes de norma processual, como, por exemplo, os tratados internacionais e os regimentos internos dos tribunais. Contudo, tais fontes ainda são analisadas isoladamente e o tema carece (e merece) uma sistematização adequada.

Esse é justamente o objetivo do presente artigo. Para cumpri-lo, será analisado, em primeiro lugar, como é a relação entre as fontes e as normas jurídicas no direito processual; em segundo lugar, dividirei em dois grupos aqueles que têm uma visão particularista e uma visão pluralista das fontes de normas processuais; em terceiro lugar, serão identificadas e catalogadas as fontes de normas processuais, de acordo com o que chamarei de perspectiva estática, e a relação de hierarquia e coerência entre as diferentes fontes de normas processuais, o que denominarei de perspectiva dinâmica; em quarto lugar, analisarei em específico a posição da analogia, dos princípios gerais do direito e da equidade no tema das fontes jurídicas em matéria processual.

Ao final, chega-se à conclusão de a Teoria Geral do Processo deve realizar uma releitura das fontes das normas processuais levando em consideração a pluralidade e a complexidade de dispositivos normativos em matéria processual atualmente existentes.

2. RELAÇÃO ENTRE FONTES E NORMAS NO DIREITO PROCESSUAL

Fontes de normas processuais são os canais pelos quais as normas processuais vêm ao mundo jurídico. Etimologicamente, a palavra **fonte** representa a origem de algo, o nascedouro de alguma coisa, o princípio, a raiz. No âmbito jurídico, a fonte é o ato ou fato de onde provém o direito, isto é, de onde emanam as normas jurídicas. No direito processual não é diferente. Fontes são os atos ou fatos de onde provém as normas processuais, ou seja, as proposições prescritivas dirigidas aos sujeitos da relação jurídica de direito processual para permitir, proibir ou obrigar condutas durante o desenvolvimento do processo judicial.

A expressão **fonte do direito** é ambígua porque pode significar, ao mesmo tempo, os modos de expressão do direito e também os entes que o produzem. Daí que surge a clássica distinção entre fontes **formais** do direito, para representar o primeiro sentido (Constituição, leis etc.), e as fontes **materiais**

do direito, para representar o segundo (Estado, sociedade etc.)³. A classificação, no entanto, pouco ajuda a compreensão do fenômeno porque os entes que produzem as normas, conceitualmente, não são fontes do direito, mas tão somente os responsáveis por editá-las. Desse modo, dizer, por exemplo, que o Estado é a fonte do direito ainda deixa em aberto quais são os instrumentos à disposição do Estado para editar normas jurídicas.

Nem toda fonte é necessariamente representada por um documento normativo ou está expressa textualmente⁴. O exemplo mais evidente é o costume que não vem expresso nesse formato, tratando-se de um comportamento social reiterado e reconhecido que cria normas jurídicas, mas ainda assim é considerado uma fonte normativa. É verdade, porém, que a maioria das fontes são documentos normativos vertidos em textos.

Não se pode confundir o conceito de fonte com o conceito de norma processual. Em uma perspectiva da teoria da interpretação, são categorias que operam em planos completamente distintos. Enquanto a fonte é **objeto** da interpretação jurídica, a norma, por sua vez, é o seu **resultado** da interpretação jurídica⁵. Em outras palavras: as normas processuais emanam das fontes processuais por meio de uma atividade de atribuição de sentido do intérprete aos seus dispositivos normativos. De um dispositivo constante de uma determinada fonte (p. exp., a Constituição ou a lei federal), o intérprete extrai uma regra ou um princípio processual. Assim, por exemplo, enquanto do **texto** constante do art. 6º do CPC é extraída uma **norma** referente ao princípio da cooperação, do **texto** do art. 5º, inc. XXXV, da CF e do **texto** do art. 93, inc. IX, da CF, são extraídas, respectivamente as **normas** do direito fundamental ao acesso à justiça e do dever de fundamentação das decisões judiciais.

³ Como exposto por CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1986, p. 56; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. I, p. 139; ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 1, item 57; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, vol. 1, p. 55.

⁴ Neste sentido, “não se pode ignorar que nem todo ato normativo, que contém enunciado normativo, é textualizado ou documentado. A fonte pode não ser texto ou documento normativo” (BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 54). Falando de fontes apenas como documentos normativos expressos em textos, cfr. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, vol. 1, p. 39.

⁵ Por todos, cfr. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25. No contexto das fontes de normas processuais, cfr. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, vol. 1, p. 39-40.

Também é importante perceber que nem toda fonte do direito é necessariamente vinculante. Não é possível confundir a **validade** de uma fonte, predicado que diz respeito à pertinência ao ordenamento jurídico, com a sua **eficácia**, atributo que se refere ao seu grau de vinculação para os agentes jurídicos responsáveis por aplicá-la. O fato de uma fonte não ser dotada de eficácia vinculante (ou de um grau vinculante mais fraco) não retira a sua validade para fins de orientação de comportamentos humanos. Em resumo, ainda assim são proposições prescritivas⁶. Essa é a característica fundamental das fontes do direito, e, conseqüentemente, também das fontes do direito processual. A diferença é que, no caso das fontes com eficácia vinculante, não se discute o seu conteúdo, mas apenas a forma da sua edição como elemento suficiente para ser seguida, ressalvada, é claro, a possibilidade do controle da sua constitucionalidade. Já as fontes desprovidas de eficácia vinculante ou com grau de vinculação menor podem ser aplicadas simplesmente porque o responsável por aplicá-la se convenceu de que o seu conteúdo é pertinente para a situação que está apreciando. Neste sentido é que se fala, então, em fontes com autoridade formal e substancial, respectivamente.

A grande questão que surge é identificar quais são os elementos necessários à qualificação de uma fonte como **processual** para que, conseqüentemente, a norma que dela emana também seja qualificada como **processual**. É importante perceber que as normas jurídicas se qualificam por seu **objeto**, e não necessariamente por sua localização em determinado tipo de lei⁷. Se, de um lado, não é porque uma norma é derivada de um dispositivo do CPC que ela será necessariamente uma norma processual, de outro, é perfeitamente possível extrair uma norma processual de uma lei ou código de direito material. Basta lembrar das regras processuais do Código Civil referentes à prova do negócio jurídico (art. 212) e à responsabilidade patrimonial (art. 389). Normas são preceitos que advêm do resultado da interpretação de **fontes** normativas. Mais contemporaneamente, entende-se que normas constituem o gênero de espécies como regras e princípios como normas de primeiro, e também postulados aplicativos e hermenêuticos como normas de segundo grau⁸. São elas, as normas,

⁶ Para ilustrar o raciocínio, é oportuna a distinção feita por Bobbio entre comandos, conselhos e instâncias, todos os três, na sua visão, proposições prescritivas: “o comando se exprime como um *querer* por parte do sujeito ativo e como um *dever* referente ao sujeito passivo; o conselho se abstrai do ‘querer’ e referente ao sujeito passivo se exprime como um *deveria*; a instância se abstrai do ‘dever’ e se exprime por parte do sujeito ativo como um *quereria*” (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4ª ed. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2008, p. 99-104)

⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 96.

⁸ Por todos, cfr. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 49-55.

destinadas a regular comportamentos humanos mediante mandamentos deônticos cujo objetivo é proibir, permitir ou obrigar determinadas condutas tanto no plano do direito material, quanto no plano do direito processual.

Para que uma norma possa ser qualificada como **processual** é preciso compreender que o ordenamento jurídico se divide em dois planos distintos entre si: primeiro, o **plano do direito material** que é composto por normas que disciplinam a distribuição dos bens da vida e o próprio convívio em sociedade (direito civil, penal, administrativo, tributário, trabalhista, comercial etc.); segundo, o **plano do direito processual** que é composto por normas que regulamentam o método estatal de resolução de conflitos, isto é, o processo⁹. As normas de direito material definem quando determinados fatos criam direitos, obrigações e situações jurídicas, bem como estabelecem as consequências advindas desses fatos. São normas que distribuem os bens da vida e orientam determinadas condutas entre pessoas, empresas, organizações e entes públicos da sociedade. Já as normas de direito processual atuam quando, diante de determinadas **crises de direito material** entre as partes e de **desacordos interpretativos**¹⁰ entre os fatos e os dispositivos normativos que regulamentam uma determinada relação jurídica entre elas no plano do direito material, o Estado-juiz é retirado da inércia por uma delas para, imperativamente, solucionar o conflito posto à sua apreciação. Sendo assim, serão processuais as normas cujo objeto é a estruturação da relação jurídica processual, criando, alterando ou extinguindo situações jurídicas processuais.

Por muito tempo foi debatida a existência de uma distinção entre normas de processo e normas de procedimento. No sistema jurídico brasileiro, a distinção é alimentada porque a Constituição, de um lado, atribui à União a competência privativa para legislar sobre “direito processual” (art. 22, inc. I) e, de outro, atribui à União e aos Estados a competência concorrente para legislar sobre “procedimentos em matéria processual” (art. 24, inc. XI). Trata-se de uma distinção artificial e que contribui pouco ou quase nada para uma operacionalidade do direito processual, muito por causa da dificuldade em estabelecer com precisão, clareza e segurança quais normas se referem a um ou a outro fenômeno¹¹. O procedimento é “o meio extrínseco pelo qual se instaura,

⁹ Sobre os dois planos, cfr. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 46.

¹⁰ No contexto das relações entre direito e processo, valendo-se do termo desacordos interpretativos, cfr. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1, p. 29-38.

¹¹ Como alerta Dinamarco, “é impossível distinguir normas que disciplinem o procedimento sem influir no modo de ser da relação jurídica processual que lhe está à base e, portanto, também impossível encontrar normas de direcionamento exclusivo ao procedimento e normas direcionadas só à relação processual” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 135).

desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível”¹². Ontologicamente, não há diferença entre processo e procedimento. Processo é procedimento em contraditório. Voltaremos ao tema mais à frente quando tratarmos da lei estadual como fonte de normas processuais.

Estabelecidas essas premissas conceituais sobre o assunto, definindo o que são fontes, normas e a relação entre ambas as categorias, é possível avançar para a identificação de quais correntes existem em torno do tema das fontes de normas processuais contemporaneamente.

3. DUAS POSIÇÕES SOBRE FONTES DE NORMAS PROCESSUAIS: PARTICULARISTA X PLURALISTA

Podemos identificar duas possíveis posições que são geralmente tomadas frente à teoria das fontes de normas processuais. Trata-se, em alguma medida, de uma **ideologia** em face do que propriamente pode ser qualificado como fonte e do respectivo valor normativo que lhe é atribuído¹³. Desvelar essa ideologia é absolutamente fundamental para compreender a teoria que embasa a dogmática das fontes de normas processuais atualmente construídas¹⁴.

A primeira posição, que podemos chamar de **particularista**, defende um rol mais conservador de fontes de normas processuais. Trata-se claramente de uma ideologia das fontes ligada a um viés legalista em sentido estrito. Valendo-se do argumento em torno do princípio da legalidade, atribuem à lei a posição de fonte primária de normas processuais e, somente ela, a lei, é que poderia autorizar que outras fontes fossem responsáveis pela edição de normas proces-

¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 297.

¹³ Como bem descrito por Giorgio Pino, “a ideologia das fontes do direito consiste em diretivas que não dizem respeito diretamente ao modo de resolver uma controvérsia jurídica, mas indicam o modo segundo o qual o juiz deverá proceder para descobrir a diretiva ou as diretivas relevantes para a controvérsia da qual se trata” (PINO, Giorgio. Interpretação e “crise” das fontes. *Civil Procedure Review*, v. 12, n. 3: set.-dez. 2021, esp. 41). O autor defende que “a interpretação intervém não só na fase de atribuição de significado às disposições, mas também em uma fase, logicamente precedente, de individuação e identificação das disposições”, o que, além da influência do direito positivo, também recebe conformação do que ele chama de “ideologia das fontes do direito” (PINO, Giorgio. Interpretação e “crise” das fontes, *Civil Procedure Review*, p. 44).

¹⁴ Sobre a relação entre dogmática e ideologia, cfr. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 172-188. Impossível falar sobre a relação do fenômeno processual com a ideologia sem mencionar as lições de BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

suais¹⁵. Ou seja, seria a lei a fonte responsável por instituir normas processuais, direta ou indiretamente¹⁶.

A segunda posição, que podemos chamar de **pluralista**, enxerga um rol mais extenso de fontes de normas processuais. Visualiza, nos diferentes documentos normativos, a possibilidade de extrair normas processuais em caso de lacunas ou obscuridades deixadas pela legislação ou pelas fontes que a legislação autoriza utilizar de forma subsidiária. A ideia de legalidade em sentido estrito, tendo a lei como único parâmetro normativo, cede à ideia de legalidade em sentido amplo, adotando a ideia de outros documentos normativos são dotados de **juridicidade**.

Por se tratar de correntes teóricas concorrentes, cada concepção tem suas vantagens e desvantagens.

Na concepção particularista, a maior vantagem decorre da possibilidade da clareza em relação à identificação dos órgãos competentes que são responsáveis pela edição de normas processuais, evitando, assim, por meio de um discurso que reforça o respeito à reserva legal, uma proliferação desarrazoada e descontrolada de fontes em matéria processual. Consequentemente, como não existe um comando normativo claro e pré-definido determinando a hierarquização das fontes em matéria processual, sendo essa uma tarefa de labor doutrinário e jurisprudencial, essa concepção mais restritiva evoca a **segurança jurídica** da reserva legal como um argumento válido em prol de uma menor extensão do catálogo de fontes. Isso porque a simplicidade facilitaria a identificação e aplicação das garantias processuais, favorecendo a realização do direito material e a duração razoável do processo¹⁷. A desvantagem dessa concepção é que, partindo de um viés mais realista, negam como um dado inevitável da realidade que é justamente a proliferação de fontes de normas jurídicas processuais que, no dia a dia do Poder Judiciário, são utilizadas em várias decisões por juízes e tribunais.

¹⁵ Como, por exemplo, ao dizer que “as fontes do Direito Processual Civil são as mesmas do direito em geral, isto é, a lei e os costumes, como fontes *imediatas*, e a doutrina e jurisprudência, como fontes *mediatas*. Em razão do caráter público do direito processual, é a lei, sem dúvida, sua principal fonte” (THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 64ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, vol. I, p. 25). No mesmo sentido: “em um sistema de separação de poderes, com o que vigora em nosso País, a funções dos órgãos do Poder Judiciário é, precipuamente, aplicar as leis feitas pelo Poder Legislativo” (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º a 153*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. I, p. 316-317).

¹⁶ Neste sentido, Pontes de Miranda afirma que “‘Lei’, no art. 126 [do CPC/1973], está no sentido de regra jurídica. Se a regra jurídica é constitucional, ou de complemento à Constituição, ou de lei (no sentido escrito), ou de decreto-lei, ou de lei delegada, de decreto, de regulamento ou de regimento, ou de resolução ou aviso, não importa. Tudo que pode entrar no sistema jurídico é lei, no sentido amplo, que é o do art. 126” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, t. II (arts. 46 a 153), p. 370).

¹⁷ SOBA BRADESCO, Ignacio M. El derecho procesal, sus fuentes y el desafío de la simplicidade, *Revista Eletrônica de Direito Processual: REDP*, v. 23, n. 2, p. 564-591, maio/ago. 2022, esp. p. 581.

Na concepção pluralista, podemos listar duas vantagens. De um lado, permite um diálogo mais efetivo com prática jurídica porque, como foi dito, juízes e tribunais usualmente invocam diversas fontes para extrair normas processuais que não se enquadram propriamente nas fontes mais clássicas (é o viés mais realista, mencionado anteriormente). De outro, um rol mais extenso de fontes em matéria processual seria capaz de fornecer mais **segurança jurídica** ao sistema processual porque dará mais cognoscibilidade ao direito processual quanto ao esclarecimento de obscuridades e preenchimento de lacunas das fontes processuais¹⁸. A desvantagem dessa concepção é justamente o potencial, e em algumas vezes o efetivo, descontrole que a hiperinflação de fontes de normas processuais pode ocasionar, não raro **enfraquecendo** prescrições normativas oriundas de fontes que deveriam ser consideradas hierarquicamente superiores e gerando contradição entre diferentes normas¹⁹.

Não deixa de ser curioso perceber que ambas as posições evocam o princípio da **segurança jurídica** para defender uma concepção de fontes de normas processuais que reputam mais adequada, ora mais restritiva, ora mais ampliativa. Ocorre que, em ambos os casos, a invocação da segurança jurídica geralmente não vem acompanhado de uma tomada posição acerca do que seu conteúdo, o que acaba prejudicando a transparência do argumento em prol de uma ou de outro posição. Afinal, é inevitável que, para aferir a coerência da conclusão, exista clareza acerca da premissa do argumento.

É preciso ter em mente que o significado de segurança jurídica não é único e comporta diferentes interpretações. Basicamente, entre as concepções particularista e pluralista existe uma disputa em torno da **cognoscibilidade** das normas que compõem o direito processual, sendo este um atributo da **segurança jurídica** que diz respeito à “capacidade de compreensão, material e intelectual, de estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, materiais e procedimentais, minimamente efetivas, por meio da sua acessibilidade, abrangência, clareza, determinabilidade e executoriedade”²⁰.

É importante perceber como a teoria tradicional das fontes ainda está presa de maneira geral ao paradigma estatalista e legalista da teoria das fontes que imperava

¹⁸ Exemplificativamente, Paulo Mendes defende que “a existência de fontes normativas infralegais, aptas a complementar de maneira mais dinâmica a legislação, sempre respeitando as regras processuais previstas em lei, contribui para um ganho de segurança jurídica, na medida em que retira os operadores do vazio normativo e confere a necessária cognoscibilidade ao Direito Processual” (OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Regimentos internos como fonte de normas processuais*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 73)

¹⁹ Como bem observado, “ocasionalmente, ocorrem fenômenos de proliferação ou (hiper) inflação normativa (verdadeiros «tsunamis» de regras processuais)” (SOBA BRADESCO, Ignacio M. El derecho procesal, sus fuentes y el desafío de la simplicidade, *Revista Eletrônica de Direito Processual: REDP*, p. 581 – tradução livre).

²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 699.

tradicionalmente nos tempos modernos²¹, defendendo a lei, e somente a lei, como fonte primária e principal de normas processuais. Isso porque o que se busca com a teoria moderna das fontes “é conferir unidade, clareza, certeza e segurança, ao processo de uso e aplicação do Direito moderno”, uma noção que usualmente é ligada “à construção do direito europeu, enquanto direito codificado, unificado, estatalizado, positivado, sistematizado, racionalizado”²². Nestes termos, caberia à lei produzida pelo Estado não só o papel de disciplinar o direito processual, mas também de recepcionar outras formas de sua expressão mediante expressa autorização legal. Em outras palavras, é a lei detentora do monopólio de editar o direito processual, seja para regulá-lo diretamente, seja para dizer o que irá regulá-lo na ausência da lei aplicável²³.

Trata-se de uma visão concebida para facilitar a identificação das fontes do direito, influenciada pelo positivismo jurídico, concentrando nas mãos do Estado o monopólio não só de editar as fontes normativas, como também de autorizar a utilização daquelas que ele não editou. O Estado seria capaz de editar fontes que cobrissem todo o ordenamento jurídico, a partir dos ideais de completude e coerência. O que o Estado não fosse capaz de disciplinar, seria ele capaz de autorizar o que poderia ser utilizado no intuito de **completar** o sistema.

Ocorre que essa é uma perspectiva que fecha os olhos para a **pluralidade** das fontes normativas atualmente existentes nos ordenamentos jurídicos e a **complexidade** na composição dessas fontes pelo órgão julgador na tomada de decisão²⁴. É possível dizer, inclusive, que existe uma relação de causa e consequência entre elas²⁵.

²¹ Para uma crítica neste sentido, cfr. CASTANHEIRA NEVES, António. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merea e G. Braga da Cruz*, n. 58, t. 2, p. 169-285, 1982. Criticando o “paradigma racionalista” no direito processual, cfr. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 5-88.

²² BITTAR, Eduardo C. B. *Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 261.

²³ Acerca desse ponto, é válida a leitura de Antonio do Passo Cabral, por ocasião das convenções processuais, quanto ao fato de que “o hiperpublicismo acaretou quase um monopólio nas fontes do direito processual” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 164-168)

²⁴ Os dois atributos são indicados por BITTAR, Eduardo C. B. *Introdução ao estudo do direito*, p. 301-304. É importante inserir essa tomada de posição no contexto de uma fragilização virtuosa do sistema codificado, como alerta Hermes Zaneti Jr. (no caso, por ocasião dos precedentes judiciais): “podem-se identificar dois processos de fragilização do sistema fechado e codificado característico do racionalismo de corte romano-germânico (*civil law*), fundado da aplicação do método dedutivo lógico-formal e apriorístico a partir da fonte primária da legislação: a) a fragilização virtuosa, decorrente da abertura do sistema fechado, em razão da evolução do direito positivo e da sua flagrante insuficiência para coibir as lacunas hermenêuticas; b) a fragilização não-virtuosa, decorrente da relativização do inteiro ordenamento jurídico” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 113)

²⁵ Sobre o declínio do monopólio estatal da produção normativa no contexto das fontes do direito, vale a leitura de HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o*

De um lado, o sistema de fontes de normas processuais é caracterizado por ser **plural** na medida em que, no **aspecto subjetivo**, diversos atores do sistema de justiça atualmente são responsáveis por editar fontes normativas em matéria processual (p. exp. Constituinte originário e derivado, Legislativo, Executivo, Judiciário etc.), e, no **aspecto objetivo**, são variadas as formas de expressão das fontes normativas em matéria processual (p. exp. Constituição, leis, regimentos internos, resoluções, jurisprudência etc.)²⁶.

De outro lado, essa pluralidade acaba tornando o sistema de fontes de normas processuais mais **complexo** porque, derivando de múltiplas atores da organização judiciária, é precisa estabelecer diversas e numerosas relações de hierarquia e coerência entre elas. A estrutura piramidal, escalonada e hierarquizada do ordenamento jurídico, exclusivamente centrada no poder de vinculação da fonte como atributo determinante de sua utilização na tomada de decisão pelo órgão julgador, cede a uma estrutura caleidoscópica, interconectada e voltada ao uso discursivo e argumentativo das fontes pelo órgão julgador na práxis jurídica com base no poder de convencimento a partir do conteúdo da fonte²⁷.

A melhor solução, portanto, é abraçar essas características do ordenamento jurídico em matéria processual e estabelecer critérios para lidar com as variadas fontes do direito processual a partir de duas perspectivas, a estática e a dinâmica.

4. PERSPECTIVAS ESTÁTICA E DINÂMICA DAS FONTES DE NORMAS PROCESSUAIS

A perspectiva **estática** consiste na identificação e catalogação das possíveis fontes de normas processuais. Trata-se de **diagnosticar** quais são os veículos

direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007, p. 32-67 e WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23-82.

²⁶ Afinal, “admitido o pluralismo jurídico, ou a existência de ordens jurídicas menores, as normas podem exibir outra origem, tolerada pelo Estado, e até recepcionada em algumas situações” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, vol. 1, item 57). A pluralidade de fontes do direito processual civil também não tem passado despercebida também pela doutrina estrangeira, como, por exemplo, indica FABBÍ, Alessandro. “New” sources of civil procedure law: first notes for a study. In: CADIET, Loïc; HESS, Burkhard; ISIDRO, Marta Requejo (eds). *Procedural science at the crossroads of different generations*. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 73-92. Na teoria do direito, o pluralismo é a premissa básica para a construção de uma denominada *Teoria Crítica das Fontes do Direito* em contraposição à chamada *Teoria Tradicional das Fontes do Direito*, cfr. BITTAR, Eduardo C. B. *Introdução ao estudo do direito*, p. 264-267.

²⁷ Bobbio afirma que “a complexidade de um ordenamento jurídico deriva portanto da multiplicidade das fontes das quais afluem as regras de conduta, em última análise, do fato de que essas regras são de proveniências diversas e chegam à existência (adquirem validade) partindo de pontos os mais diferentes” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 38).

introdutores de normas processuais no ordenamento jurídico. Neste primeiro momento, não é recomendável fazer um juízo de valor sobre a relação de hierarquia e coerência entre as fontes.

Podemos enumerar 11 (onze) fontes aptas a produzir normas processuais, sendo elas: (i) a Constituição, (ii) os tratados internacionais, (iii) a lei federal, (iv) os precedentes, (v) as leis estaduais, (vi) os regimentos internos dos tribunais, (vii) os costumes, (viii) os negócios jurídicos, (ix) os atos de cooperação judiciária, (x) as resoluções, (xi) a doutrina.

A **Constituição Federal** é fonte de normas processuais. Podemos listar como normas processuais que emanam do texto constitucional os direitos fundamentais processuais, a maioria constante do art. 5º da CF, como o devido processo legal, o acesso à justiça, o contraditório e ampla defesa, a proibição de prova ilícita, a assistência jurídica integral e gratuita, a razoável duração do processo e o dever de fundamentação das decisões judiciais. Também constam da Constituição outras diversas regras processuais, como aquelas que versam sobre a organização da magistratura e do Poder Judiciário de maneira geral; as regras sobre a competência do STF e do STJ (arts. 102 e 105); as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário e especial e também determinados requisitos de admissibilidade destes recursos como a repercussão geral da questão constitucional e a relevância da questão federal infraconstitucional; o cabimento das chamadas ações constitucionais, como o mandado de segurança, o mandado de injunção e o *habeas data*.

Tratados internacionais são fontes de normas processuais²⁸. Não à toa, o art. 13 do CPC prevê a aplicação de normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais dos quais o Brasil seja signatário²⁹. O exemplo mais comum de ser referido é o da **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, fruto do Pacto de San José da Costa Rica, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 678/1992, que dedica o artigo 8º às **garantias judiciais**. Existem ainda outros tratados internacionais que dispõem sobre matéria processual, como

²⁸ Não obstante a grande maioria da doutrina indique os tratados internacionais como fontes de norma processual, vale consultar, em específico, FONSÊCA, Vitor. Os tratados de direitos humanos como fontes do direito processual civil. *Revista de Processo*, v. 36, n. 194, p. 35-54, abr. 2011; SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. *Revista de Processo*, v. 41, n. 259, p. 55-78, set. 2016, e, mais amplamente, FONSÊCA, Vitor. *Processo civil e direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

²⁹ Na Europa, o direito processual comunitário tem ganhado destaque como fonte de normas processuais em razão da adesão dos países daquele continente à União Europeia, sobretudo em matéria de cooperação internacional, como indicado por FABBI, Alessandro. “New” sources of civil procedure law: first notes for a study. In: *Procedural science at the crossroads of different generations*, p. 73-92.

o **Protocolo de Ouro Preto** que versa sobre medidas cautelares no âmbito do Mercosul (Decreto nº 2.626/1998), o **Protocolo de Las Leñas** sobre cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile (Decreto nº 6.891/2009) e, mais antigamente, o **Código Bustamante** que, promulgando a Convenção de Direito Internacional Privado de Havana, trata de cartas rogatórias, litispêndência e direito probatório (Decreto nº 18.871/1929).

A **lei federal** é, sem sombra de dúvidas, a maior fonte de normas processuais. Isso porque compete à União legislar privativamente sobre “direito processual”, conforme art. 22, inc. I, da Constituição. Neste sentido, a maior expressão de normas processuais federais é o Código de Processo Civil, lei geral e nacional responsável por regulamentar o processo civil em todos os estados da federação (Lei nº 13.105/2015). O Código, inclusive, assume um papel central em matéria processual ao prever a sua aplicação também ao processo trabalhista, eleitoral e administrativo (art. 15). A título exemplificativo, podemos citar ainda várias legislações especiais que são fontes de normas de direito processual, ainda que combinadas com normas de direito material, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), a Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei nº 11.101/2005) e a Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009), o Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741/2003), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1992), dentre outras.

Precedentes são fontes de normas processuais. Conceitualmente, o precedente é uma decisão judicial da qual se extrai de sua fundamentação uma razão de decidir (denominada *ratio decidendi*) que vinculará casos análogos e futuros quando houver circunstâncias fáticas iguais ou semelhantes³⁰. Há quem denomine o precedente de uma “fonte de segundo grau” porque produzem normas a partir da interpretação de outras fontes³¹, como, por exemplo, fontes

³⁰ Utilizo o conceito de *precedente* em sentido amplo para retratar as normas processuais que emanam de decisões judiciais proferidas pelos Tribunais, sem ignorar, contudo, a discussão doutrinária acerca das semelhanças e diferenças entre os conceitos de precedentes, jurisprudência, súmulas e teses. A doutrina chega a denunciar uma “algazarra conceitual” em torno do tema, como se vê em MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 89-92. Sobre a inserção do precedente judicial como fonte do direito, vale cfr., ainda, CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 23-81; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 284-302; ZANETI JR., Hermes. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 79-141.

³¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 25ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023, vol. 1, p.

constitucionais e legais. É que a atividade jurisdicional, na resolução de casos concretos, adscreeve sentido a dispositivos normativos e acaba enriquecendo o sistema jurídico com outras normas. No sistema brasileiro, os precedentes judiciais são fontes do direito com eficácia vinculante, conforme previsto formal e expressamente no rol do art. 927 do CPC³².

Para ilustrar o fenômeno, basta observar como inúmeras decisões do STF e do STJ em matéria processual são constantemente utilizadas por juízes e tribunais para resolver questões processuais. Para citar um exemplo, o entendimento firmado pelo STJ sobre a taxatividade mitigada do art. 1.015 do CPC no Tema Repetitivo 988 é usado para definir algumas hipóteses de cabimento de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias. No STF, também a título de exemplo, os Temas 881 e 885 da Repercussão Geral estabeleceram critérios interpretação da eficácia temporal da coisa julgada tributária em caso de mudança jurídica superveniente, interpretando o art. 505, inc. I, do CPC, por se tratar de uma relação jurídica de trato continuado.

As **Constituições Estaduais** e as **leis estaduais** podem ser fontes de normas processuais³³. Essa é uma análise que deve ser feita com mais cautela, comportando duas dimensões. A primeira, sem maiores divergências, concerne à aptidão de os Estados legislarem sobre o processo dos juizados de pequenas causas (art. 24, inc. X, da CF) e sobre a sua organização judiciária, cabendo ao respectivo Tribunal de Justiça a iniciativa (art. 125, § 1º, da CF). Quanto a isso, não parece haver dúvidas de que os Estados podem editar fontes de normas processuais³⁴. A segunda, mais polêmica, diz respeito à competência concorrente da União e dos Estados de legislarem sobre “procedimentos em matéria

86. Fica o registro de que uma parcela da doutrina não insere a “jurisprudência” como fonte formal do direito processual, cfr. YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*, p. 55-58. Ressalvando que “a inclusão ou não-inclusão da jurisprudência e de certos precedentes e decisões judiciais entre as fontes do direito processual civil constitui uma resultante do que a respeito dispuserem a Constituição e a lei de determinado país em determinado momento, não sendo viável uma tomada de posição com caráter de generalidade e *sub specie aeternitatis* a respeito dessa tormentosa polêmica.” (DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2023, p. 145).

³² Mais uma vez, repita-se, não se ignora a intensa discussão doutrinária sobre quais decisões judiciais vinculam, remetendo-se às referências bibliográficas indicadas na nota de rodapé nº 20.

³³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 89-91; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2022, p. 15-17; DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*, p. 144.

³⁴ Sobre a imbricação entre normas processuais e de organização judiciária, entre lei federal e leis estaduais disciplinando matéria processual, cfr., proveitosamente, MARQUES, José Frederico. Fontes normativas do direito processual comum em face da Constituição de 1946. *Revista dos Tribunais*, v. 51, n. 315, p. 237-241, jan. 1962.

processual” (art. 24, inc. XI, da CF). Sobre essa questão, exige-se uma posição sobre a diferença entre **processo** e **procedimento**, conforme já relatado. Obviamente, uma tomada de posição acerca da indiferença entre processo e procedimento acabaria por autorizar que União e Estados tivessem competência para legislar sobre a mesma matéria, o que não é admissível. Dessa forma, aos Estados é reservada a competência tão somente para legislar de forma **suplementar** à legislação federal, inclusive, suprimindo algumas omissões, com foco nas peculiaridades locais³⁵.

Os **regimentos internos** dos tribunais são fontes de normas processuais³⁶. Aos tribunais compete elaborar seus regimentos internos, dispondo sobre competência e funcionamento dos respectivos órgãos fracionários com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, nos termos do art. 96, inc. I, alínea “a”, da Constituição. Até mesmo por conta desses limites, os regimentos internos são costumeiramente chamados de **atos infralegais** porque produzidos pelos tribunais no âmbito de sua competência administrativa³⁷. Confirmando a sua natureza de fonte de normas processuais, o próprio CPC reserva ao regimento interno disciplinar de várias questões, como, por exemplo, a arguição de impedimento e suspeição nos tribunais (art. 148, § 3º), a forma de edição de enunciados de súmula (art. 926, § 1º), a distribuição de recursos e ações de competência originária (art. 930), atribuições do relator (art. 932, inc. VIII), criar novas hipóteses de sustentação oral (art. 937, inc. IX), convocação de outros julgadores para ampliação do colegiado (art. 942), regular o conflito de competência entre órgãos fracionários e desembargadores nos tribunais (art. 958), definir o órgão fracionário responsável por julgar o IRDR (art. 978), dentre outros.

³⁵ Conforme defendido por BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento*, p. 371-396, no que foi seguida por DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 89-91.

³⁶ Sobre o tema, vale consultar OLIVEIRA, Paulo Mendes. O poder normativo dos tribunais: regimentos internos como fonte de normas processuais. *Civil Procedure Review*, v. 11, n. 2: mai.-ago. 2020, e, mais amplamente, OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Regimentos internos como fonte de normas processuais*. Salvador: JusPodivm, 2020. A doutrina mais clássica já apontava que “os regimentos podem conter normas supletivas da legislação processual, desde que entrelaçadas à marcha do serviço interno, ou quando houver remissão da norma de processo às regras regimentais, para que estas preencham a área em branco do preceito legal” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, vol. I, p. 79).

³⁷ Até por conta disso, o STJ entendeu que “o recurso especial é via inadequada para análise de portarias, resoluções, *regimentos* ou qualquer outro tipo de norma que não se enquadre no conceito de lei federal” (AgInt no AREsp n. 2.134.867/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 10/3/2023).

Negócios jurídicos são fontes de normas processuais³⁸. A peculiaridade é a vontade das partes como elemento que pode dar ensejo à criação de situação jurídicas processuais e à regulação do procedimento de maneira geral. É possível até mesmo dizer, com vem fazendo a doutrina, que existe um princípio do autorregramento da vontade no processo, manifestação do princípio constitucional da liberdade no processo³⁹. Existem normas processuais originadas de negócios jurídicos processuais típicos e atípicos. No primeiro caso, por exemplo, é possível indicar a eleição de foro (art. 63, CPC), o calendário processual (art. 191, CPC), a organização consensual do processo (art. 357, § 2º, CPC), a escolha consensual do perito (art. 471, CPC), dentre outros. No entanto, também existe a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, fruto de acordo entre as partes, prévio ou incidental ao processo, nos termos da cláusula geral do art. 190 do CPC. Assim como o negócio jurídico é fonte de normas no plano do direito material que devem ser cumpridas obrigatoriamente pelas partes contratantes e observadas pelo Poder Judiciário, também os negócios jurídicos processuais são fontes de normas em matéria processual que vinculam o órgão julgador.

Os **costumes** podem dar origem a normas processuais⁴⁰. Costumes são fruto de um comportamento reiterado capaz de criar normas de comportamentos reconhecidas como juridicamente devidas tanto no âmbito do direito material, quanto no âmbito do direito processual. O art. 376 do CPC reconhece a possibilidade de o costume gerar normas jurídicas quando faz menção ao “direito consuetudinário”⁴¹. Podemos citar como exemplo de norma processual derivada do costume o **despacho de especificação de provas** que geralmente ocorre depois de apresentada a réplica pela parte autora, como uma espécie de preparação à fase de organização do processo. Outros exemplos também podem ser lembrados, como os **pregões orais** feitos por servidores antes do iní-

³⁸ Sobre o tema, recomenda-se a leitura de CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, p. 164-168; DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018. Utiliza-se o conceito de negócios jurídicos processuais em sentido amplo, também não ignorando a existência da discussão doutrinária sobre o tema (negócios jurídicos processuais, convenções processuais ou contratualização do processo).

³⁹ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2023, 2018, p. 17-23.

⁴⁰ Sobre o tema, cfr., amplamente, SOUZA, Marcus Seixas. *Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática*. Salvador: JusPodivm, 2019. O costume sempre foi apontado como fonte de normas processuais, desde a doutrina mais clássica, como se vê, por todos, em MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 72-74; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 56.

⁴¹ Como bem observado por CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual de direito processual civil*, p. 18.

cio das audiências, que não têm dispositivo normativo que lhe dê fundamento. Também ocorre nos julgamentos colegiados dos tribunais quando há **dispensa de leitura do relatório** pelo relator mediante concordância dos advogados e **renúncia à sustentação oral** por parte do advogado quando o resultado do recurso lhe for favorável, sem que exista uma disposição normativa que autorize essas práticas.

Embora pouco mencionados, os **atos de cooperação judiciária** também podem ser fontes de normas processuais⁴². A cooperação judiciária nacional, que atualmente está regulamentada nos arts. 67 a 69 do CPC, pode ser conceituada como o complexo de instrumentos pelos quais os órgãos jurisdicionais podem interagir entre si e com órgãos administrativos para colaborar com o processamento e julgamento de processos judiciais⁴³. Antes disso, o tema era tratado apenas no âmbito da Recomendação nº 38/2011 do CNJ, a qual “recomenda[va] aos tribunais a instituição de mecanismos de cooperação judiciária entre os órgãos do Poder Judiciário”. Hoje, além do CPC, também merece referência a Resolução nº 350/2022 do CNJ que “estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades”. Trata-se de uma fonte que não tem propriamente natureza negocial, como são os negócios jurídicos processuais, muito embora possua natureza consensual⁴⁴. Afinal, é claro que, se tivesse natureza negocial, os atos de cooperação judiciária sequer poderiam ser considerados uma fonte autônoma de normas processuais, pois estariam abrangidos pelos negócios jurídicos processuais.

As **resoluções** também devem ser consideradas fontes em matéria processual⁴⁵. Resolução é um conceito cuja origem remete ao Direito Administrativo e consiste em típico ato expedido pela autoridade administrativa com natureza jurídica derivada, ou seja, que pressupõe a existência de uma lei ou outro ato

⁴² Percebeu o ponto: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual de direito processual civil*, p. 19. Falando especificamente dos *atos concertados* como “fontes de normas processuais gerais, consensuais e anteriores à prática dos atos de cooperação”, cfr. DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional: esboço de uma teoria para o direito brasileiro* (arts. 67-69, CPC). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 85.

⁴³ DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*, p. 61-62.

⁴⁴ Neste sentido, cfr. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 435-439. Contra, entendendo que os atos de cooperação judiciária nacional são negócios jurídicos processuais, cfr. DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*, p. 84-85; CAMPOS, Maria Gabriela. *O compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 154-176.

⁴⁵ Neste sentido, cfr. DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 54-67.

normativo ao qual estará subordinada. No âmbito do direito processual, os Tribunais podem expedir resoluções no âmbito de sua competência administrativa para fins de regulação do seu funcionamento, muito embora seja recomendável concentrar essas disposições no regimento interno⁴⁶.

Contemporaneamente, merecem destaques as resoluções expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável em esfera nacional pela administração do sistema de justiça e pela política judiciária. São diversas as resoluções do CNJ em matéria processual, como, por exemplo, as que regulamentam o Juízo 100% Digital (Resolução nº 345/2020), o expediente forense no Natal e a suspensão dos prazos processuais (Resolução nº 244/2016), a criação de cadastro de profissionais e órgãos técnicos ou científicos (Resolução nº 233/2016), as videoconferências no Poder Judiciário (Resolução nº 465/2022), a alienação judicial por meio eletrônico (Resolução nº 236/2016), dentre outras. Neste sentido, pode-se afirmar que o Conselho Nacional de Justiça tem poder normativo, mas não legislativo⁴⁷, competindo-lhe “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes” (art. 103-B, § 4º, da CF/1988).

Até mesmo por isso, as resoluções não podem inovar o que está disposto na lei, em razão de sua natureza derivada, o que representaria verdadeira inconstitucionalidade do ato regulamentar⁴⁸. Segundo o art. 102, § 5º, do Regimento Interno do CNJ, o Plenário poderá editar atos normativos por meio de resoluções, as quais, por sua vez, terão *força vinculante*. Não deixa de ser curioso, porém, um dispositivo do regimento interno do próprio CNJ que atribui força vinculante às suas resoluções.

A **doutrina** também é uma fonte de norma processual⁴⁹. A doutrina fornece razões prescritivas para tomadas de decisão e são dotadas de autoridade por seu aspecto substancial⁵⁰. É a própria força da consistência do argumento

⁴⁶ Por isso, talvez, é que Araken de Assis inclua os regimentos internos e as resoluções dentro do conceito de “fontes regulamentares das normas processuais” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, item 61).

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual*, p. 55.

⁴⁸ WELSCH, Gisele Mazzoni. O poder normativo do CNJ: possibilidade de criação, modificação e restrição de direitos fundamentais. *Revista de Processo*, v. 38, n. 218, p. 165-182, abr. 2013.

⁴⁹ Incluindo expressamente a doutrina como fonte de normas processuais, THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I, p. 25-28; CAVALCANTE, Mantovani Colares. Estudo sistemático do objeto e das fontes do direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 31, n. 131, p. 11-35, jan. 2006.

⁵⁰ Sobre o papel da doutrina e sua colocação como fonte do direito de maneira geral, cfr. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010; MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários.

que convence o órgão julgador do seu acerto. Assim como os precedentes judiciais, a doutrina também pode ser considerada uma fonte de segundo grau porque a sua atividade acaba sendo a de interpretar e sistematizar outras fontes normativas. Em muitas situações, a doutrina é responsável por construções de *teses* que atuam no vácuo da legislação processual e de outras fontes processuais. São interpretações e sistematizações que antecipam a construção de caminhos para o Poder Judiciário, muitas vezes atuando de forma pioneira na solução de uma questão processual. Não à toa, muitas peças processuais levadas ao Poder Judiciário são acompanhadas de um *parecer* geralmente elaborado por professores e/ou doutrinadores, ainda que possa ser questionada a inserção como doutrina do “parecer contencioso remunerado”⁵¹.

Recentemente, um fenômeno que têm chamado a atenção é a frequente utilização de **enunciados** em decisões judiciais, empregados como verdadeiras fontes prescritivas para resolução de casos concretos, inclusive em matéria processual. Ainda assim, o que se percebe é que a doutrina processual não tem conectado o tema dos enunciados com o das fontes⁵². Enunciados são diretrizes ou postulados construídos com o intuito de auxiliar a interpretação da lei, fruto de debates e conclusões entre estudiosos e profissionais do direito que são geralmente tomadas em congressos⁵³. Duas questões merecem ser destacadas em relação aos enunciados: a sua **natureza jurídica** e o seu **grau de vinculação**. Se, no tocante à natureza jurídica, os enunciados se aproximam da doutrina, quanto ao grau de vinculação, por assemelharem-se a ela, os enunciados são dotados de autoridade do ponto de vista substancial, e não formal. Muito embora propriamente não vinculem, possuem significativa **força simbólica** para juízes e tribunais.

É possível também que esses enunciados (e, em alguma medida, a própria doutrina) sejam inseridos dentro de uma categoria mais ampla de fontes em matéria processual, denominada *soft law*. Podemos, inclusive, falar em *soft law* no âmbito in-

In: *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 9-40; MICHELON JR., Claudio. A inferência à melhor explicação e a autoridade da doutrina. In: *Direito, cultura e método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 3-26.

⁵¹ Com duras críticas, defendendo que o parecer jurídico contencioso não é doutrina, cfr. BENJAMIN, Antônio Herman V. Doutrina e parecer contencioso remunerado: a deformação do discurso jurídico no Brasil. In: *O Poder judiciário e o direito na atualidade: estudos em homenagem aos 200 anos de independência do Brasil*. Londrina: Thoth, 2022, p. 65-78.

⁵² Diferente da teoria do direito, como pode ser encontrado em BITTAR, Eduardo C. B. *Introdução ao estudo do direito*, p. 293-296.

⁵³ O direito processual civil não fica isolado dessa realidade, muito pelo contrário, a exemplo dos enunciados do FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Cíveis e das Jornadas de Direito Processual Civil realizada pelo do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), voltados à interpretação dos dispositivos do CPC. Também merecem destaque os enunciados do FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais, muito utilizados na interpretação das leis que compõem o microsistema dos Juizados Especiais.

terno (nacional) ou externo (estrangeiro)⁵⁴. O termo é usualmente empregado para representar documentos escritos sem eficácia vinculante construídos por organizações jurídicas e instituições científicas, normalmente não-estatais, com o objetivo de inspirar futuras codificações⁵⁵. São fontes cujas normas (não-estatais e não obrigatórias) podem **influenciar** a interpretação de outras normas (estatais e obrigatórias), contribuindo hermeneuticamente na atribuição de sentido pelo órgão julgador a elas. A *soft law* pode exercer uma função retórica e persuasiva em prol do acerto de uma determinada interpretação da *hard law*, notadamente quando houver lacunas ou obscuridades que precisam de uma decisão do intérprete que não é tão claramente extraível do texto, inclusive, através do método comparativo⁵⁶.

É fato que, para além da perspectiva estática, também é preciso levar em consideração a perspectiva **dinâmica** referente às relações existentes entre as diferentes fontes de normas processuais⁵⁷. Se cada fonte tem o seu respectivo espaço de normatividade, mais do que simplesmente diagnosticá-las e catalogá-las, é necessário identificar como elas contribuem discursivamente nas questões processuais a serem enfrentadas por juízes e tribunais.

Com base na pluralidade e complexidade, é inevitável adotar uma **concepção argumentativa** das fontes de normas processuais no discurso de justificacão das decisões judiciais⁵⁸, em que não só a **escolha** de uma fonte aplicável ao

⁵⁴ No âmbito externo, podem ser citados os Códigos Modelos e as Recomendações do CNJ. No primeiro caso, são exemplos o *Código Processual Civil Modelo para Iberoamerica* (1988) e o *Código Modelo de Processos Coletivos para Iberoamerica* (2004), ambos organizados pelo IIDP – Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Além disso, no âmbito transnacional (também externo), também se destacam os *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure* aprovados em 2004 pelo ALI (*American Law Institute*) em colaboração com o UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*), e, mais recentemente, o *Model European Rules of Civil Procedure*, editado pelo ELI (*European Law Institute*) também em colaboração com o UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*). No âmbito interno, acabam cumprindo esse papel as Recomendações do CNJ, cfr. DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual*, p. 70-75.

⁵⁵ Sobre a utilização da *soft law* no direito processual em específico, recomenda-se a leitura de DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 92-94.

⁵⁶ No sentido de que regras de ordenamentos estrangeiros podem ser úteis ferramentas de interpretação para resolução de conflitos, inclusive sob a forma de propostas doutrinárias, a exemplo dos Códigos Modelos, cfr. YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*, p. 64.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1, p. 39.

⁵⁸ Conforme defendido por PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989, p. 257-305; AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: Kluwer, 1987, p. 77-107. No Brasil, cfr. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. especial [2], p. 299-325, 2013.

caso, mas a sua própria qualificação enquanto uma fonte e a respectiva verificação da **intensidade da sua vinculação** não são dados pré-constituídos do sistema processual, mas dependem, invariavelmente, de atribuição de sentido por parte do intérprete⁵⁹. Afinal, é de se ter em mente que “a teoria das fontes, em suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um **dado**, mas uma **construção** elaborada no interior da cultura humana”⁶⁰.

Dessa maneira, fontes dotadas de autoridade formal e com incidência direta sobre o caso são preferíveis às fontes dotadas de autoridade substancial e indiretamente autorizadas por fontes diretas a atuar, sejam essas fontes reconhecidas (como são os costumes e os precedentes) ou delegadas (como são os regimentos internos e as resoluções)⁶¹. Desta forma, se a consequência jurídica é atribuída à hipótese fática diretamente pela norma oriunda de uma fonte direta, dotada de autoridade formal, de forma clara e sem maiores divergências (p. exp. Constituição, lei ou tratado internacional), não há espaço para incidência de normas extraídas de fontes indiretamente autorizadas a atuar ou dotadas de autoridade substancial. Agora, se a fonte direta é redigida de forma aberta, mediante cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, ou se existe divergência interpretativas em torno de elementos do seu texto, as fontes indiretas podem guiar o órgão julgador na justificação da regra processual aplicável.

Obviamente, muitos casos cairão em zonas cinzentas exigindo do órgão julgador, em **contraditório** com as partes e mediante a devida **fundamentação** da decisão judicial, justificar o porquê de um determinado dispositivo normativo incidir no caso concreto em detrimento de outro que advém de uma fonte normativa diferente. Por exemplo, uma das grandes discussões dos negócios jurídicos processuais é quando o objeto da convenção entre as partes restringe direitos legais e/ou constitucionais das partes. Uma preferência em abstrato de direitos legais e/ou constitucionais acabaria esvaziando por completo a cláusula geral de negociação processual do art. 190 do CPC, o que não se pode admitir.

⁵⁹ Neste sentido, “as fontes do direito não são, para o intérprete, um dado pronto. Ao contrário, os intérpretes têm à disposição numerosos instrumentos com os quais, não só selecionam as fontes relevantes em relação ao tipo de caso a ser decidido, mas também verificam a validade e a aplicabilidade de uma fonte, e, em definitivo, decidem sobre seu caráter normativo (decidem *se* um documento jurídico possui valor prescritivo, e *quanto* valor possui)” (PINO, Giorgio. Interpretação e “crise” das fontes. *Civil Procedure Review*, v. 12, n. 3: set.-dez. 2021). Na doutrina processual, adotando essa perspectiva, cfr. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 89, nota de rodapé nº 21.

⁶⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 223.

⁶¹ A classificação das fontes em reconhecidas e delegadas é de BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 37-41.

Assim, em primeiro lugar, sempre que uma norma processual extraída de uma fonte indireta ou substancial (p. exp. uma resolução do CNJ ou um enunciado doutrinário) for capaz, **ainda que potencialmente**, de entrar em conflito com uma norma oriunda de uma fonte direta dotada de autoridade formal (p. exp. a lei federal ou um precedente), é um dever do órgão julgador observar o contraditório prévio para que as partes tenham a possibilidade de participar e influenciar a escolha da fonte aplicável, sob pena de caracterização de decisão-surpresa (art. 10, CPC). Muitas vezes, essas fontes indiretas e substanciais atuam em espaços normativos de omissões e obscuridades, verdadeiras zonas cinzentas da legislação, razão pela qual as partes têm o direito de argumentar a favor ou contra a solução adotada.

Em segundo lugar, sempre que for utilizada uma norma oriunda de uma fonte indireta ou dotada de autoridade substancial, a fundamentação da decisão judicial responsável dela extrair a norma processual aplicável ao caso deverá contar com maior ônus argumentativo para justificar a incidência no caso concreto. Não se pode esquecer que, na justificação da decisão judicial, a escolha da premissa normativa deve observar os deveres de coerência e integridade que impõem ao órgão julgador a indicação e reconstrução das fontes normativas aplicáveis ao caso (art. 926 do CPC)⁶².

Ademais, no caso de colisão entre normas extraídas de fontes diretas/indiretas ou formais/substanciais, os critérios de fundamentação do art. 489, § 2º, do CPC são perfeitamente aplicáveis⁶³. Do seu **texto** é possível identificar quatro diferentes **normas** dirigidas ao juiz quando fundamentar a sua decisão no caso de colisão entre normas: o juiz deve justificar o objeto da ponderação efetuada, identificando as duas normas colidentes; os critérios gerais da ponderação efetuada; as razões que autorizam a interferência na norma afastada; e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

5. ESPECIFICAMENTE, A ANALOGIA, OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E A EQUIDADE

Por fim, é preciso tecer algumas considerações sobre o uso da analogia, dos princípios gerais do direito e da equidade que, em muitas ocasiões, são inseridos dentro do rol de “fontes” do direito. Todavia, não é possível considerá-las

⁶² Conforme tratamos em PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 97-95.

⁶³ Sobre essa hipótese de decisão judicial não fundamentada, remetemos ao leitor ao que escrevemos em PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais*, p. 143-145.

fontes do direito, e, conseqüentemente, também não são propriamente fontes do direito processual⁶⁴.

Analogia não é fonte do direito, mas uma técnica de decisão utilizada como mecanismo de integração do ordenamento jurídico em caso de o intérprete verificar lacuna na legislação⁶⁵. Através da analogia, o órgão julgador verifica que não existe no ordenamento jurídico um dispositivo que incide e resolve o caso em julgamento, bem como identifica a existência de um dispositivo legal cuja hipótese fática contém elementos de semelhança com os elementos relevantes do caso em julgamento. Posteriormente, o intérprete transfere a consequência jurídica projetada para a hipótese fática do primeiro dispositivo para os fatos do caso em julgamento, aplicando, portanto, a consequência jurídica de uma norma já existente. O que se vê, então, é que a analogia não se trata propriamente de uma fonte do direito.

Princípios também não são fontes do direito, mas normas. Não se pode confundir **fonte e norma**, sendo que a primeira é objeto da interpretação, e a segunda o seu resultado. Princípios se encaixam na segunda categoria, não na primeira⁶⁶, operando, portanto, em planos distintos. A expressão “princípios gerais do direito”, por sua vez, remete a uma fase metodológica do processo civil em que princípios eram desprovidos de força normativa e apenas auxiliavam e guiavam o intérprete na aplicação de outras normas. Era uma categoria fundada em critérios positivistas que buscavam o **fechamento** do sistema jurídico⁶⁷. Mais uma vez, o que se vê é a utilização de uma categoria como mecanismo de integração do ordenamento em caso de lacuna.

Prova disso é que o art. 126 do CPC/1973 previa a vinculação do juiz somente à lei e, na ausência de normas legais, poderia recorrer a determinados mecanismos de interpretação e integração, ou seja, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito⁶⁸. O art. 140 do CPC/2015, diferentemente, pres-

⁶⁴ São elementos de “razão jurídica” que respondem pela “coesão global do sistema”, mas não são fontes fruto da estrutura do sistema, cfr. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 249.

⁶⁵ Tendo como fundamento o ideal de coerência do ordenamento jurídico: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositivo* (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 109).

⁶⁶ Por isso parece equivocada a afirmação de que a teoria dos princípios é um ponto de transformação das teorias das fontes do direito, impactando na Teoria Geral do Processo, como faz DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 171-173.

⁶⁷ Uma crítica neste sentido aos princípios gerais do direito pode ser encontrada em STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 162-175.

⁶⁸ Leonardo Greco chega a chamá-las de *fontes complementares*, cfr. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. I, p. 39-42. A doutrina à época, interpretando o art. 126, não discriminava o que era e o que não era fonte, cfr. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código*

creve que o juiz deve aplicar o **ordenamento jurídico**, o que dá uma ideia de pluralidade de fontes normativas.

A equidade também não é uma fonte do direito. A noção mais difundida de equidade remete à Aristóteles que lhe atribui uma função corretiva da lei quando ela for omissa, notadamente quando a sua universalidade levar a uma aplicação incorreta da lei no caso concreto. Atualmente, a noção de equidade é comumente ligada à ideia de bom senso ou ainda a um senso de justiça⁶⁹. Não à toa, é comumente ligada ao postulado da **razoabilidade**, uma nora de segundo grau que é responsável por estruturar a aplicação de outras normas, notadamente outras regras. Por isso se diz que a razoabilidade como equidade “exige a harmonização da norma geral com o caso individual”, impondo “a consideração daquilo que normalmente acontece”⁷⁰. É uma definição muito fluida e vazia de sentido, seja porque, no primeiro caso, aproxima-se da mera ideia de subsunção da norma aos fatos concretos, seja porque, no segundo caso, remete à noção de máximas de experiência. Portanto, se mais de uma categoria é utilizada para representar o mesmo fenômeno, é inevitável concluir que uma dessas categorias é supérflua para essa finalidade.

No direito processual, levando em consideração que o juiz está vinculado ao ordenamento jurídico, só poderá julgar com base na equidade quando houver autorização legal expressa (art. 140, p. único, do CPC). Bem-vistas as coisas, a equidade não é uma fonte do direito já que dela não emanam normas jurídicas, mas configura tão somente uma técnica de decisão que pode vir a ser utilizada quando a lei assim autorizar. Como se pode perceber, é difícil até mesmo defender a constitucionalidade do uso da equidade pelo Poder Judiciário, especialmente pela imensa dificuldade histórica que doutrina e jurisprudência possuem de precisar o seu significado e trazer-lhes contornos de uma devida e controlável fundamentação jurídica⁷¹.

de Processo Civil: artigos 1º a 153, vol. I, p. 316-317. Inserindo a analogia e os princípios gerais do direito como fontes do direito processual civil, cfr. CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Estudo sistemático do objeto e das fontes do direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 31, n. 131, p. 11-35, jan. 2006.

⁶⁹ Sobre o tema, vale cfr. DAVID, Tiago Bitencourt de. *Equidade e aplicação do direito*. Londrina: Thoth, 2022, p. 73-88.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 195-197.

⁷¹ Não à toa, muitos defendiam a expurgação da equidade do sistema jurídico-processual durante a tramitação do projeto que resultou no CPC/2015, cfr. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Projeto do novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado: exame técnico e constitucional. In: ROSSI, Fernando *et al* (org.). *O futuro do processo civil: uma análise crítica ao Projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 551-565; DELFINO, Lúcio. A paradoxal decisão por equidade no Estado Democrático de Direito: apontamentos sobre o “relatório Paulo Teixeira”. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 235-254.

6. CONCLUSÃO

Se quiser fornecer um repertório conceitual adequado sobre as fontes de normas processuais, a Teoria Geral do Processo não pode analisar o tema sem levar em consideração os atributos da pluralidade e da complexidade. Uma visão estatalista e legalista em sentido estrito das fontes de normas processuais pouco contribuirá para a compreensão do fenômeno processual contemporâneo. Espera-se que as ideias lançadas no presente artigo sejam capazes de auxiliar a teoria e a prática em uma reflexão mais aprofundada sobre o assunto.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: Kluwer, 1987.
- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 1.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º a 153*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. I.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. Doutrina e parecer contencioso remunerado: a deformação do discurso jurídico no Brasil. In: *O Poder judiciário e o direito na atualidade: estudos em homenagem aos 200 anos de independência do Brasil*. Londrina: Thoth, 2022, p. 65-78.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4ª ed. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999.
- BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. especial [2], p. 299-325, 2013.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2022.
- CAMPOS, Maria Gabriela. *O compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merea e G. Braga da Cruz*, n. 58, t. 2, p. 169-285, 1982.

- CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Estudo sistemático do objeto e das fontes do direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 31, n. 131, p. 11-35, jan. 2006.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1986.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- DAVID, Tiago Bitencourt de. *Equidade e aplicação do direito*. Londrina: Thoth, 2022.
- DELFINO, Lúcio. A paradoxal decisão por equidade no Estado Democrático de Direito: apontamentos sobre o “relatório Paulo Teixeira”. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 235-254.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Projeto do novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado: exame técnico e constitucional. In: ROSSI, Fernando *et al* (org.). *O futuro do processo civil: uma análise crítica ao Projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 551-565.
- DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional: esboço de uma teoria para o direito brasileiro (arts. 67-69, CPC)*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 25ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023, vol. 1.
- DIDIER JR., Fredie. *Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 171-173.
- DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Salvador: JusPodivm, 2022.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. I.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carriho. *Teoria Geral do Processo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2023.
- FABBI, Alessandro. “New” sources of civil procedure law: first notes for a study. In: CADIET, Loïc; HESS, Burkhard; ISIDRO, Marta Requejo (eds). *Procedural science at the crossroads of different generations*. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 73-92.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FONSÊCA, Vitor. Os tratados de direitos humanos como fontes do direito processual civil. *Revista de Processo*, v. 36, n. 194, p. 35-54, abr. 2011.
- FONSÊCA, Vitor. *Processo civil e direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. I.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 89-92.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, vol. 1.
- MARQUES, José Frederico. Fontes normativas do direito processual comum em face da Constituição de 1946. *Revista dos Tribunais*, v. 51, n. 315, p. 237-241, jan. 1962.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, vol. I.
- MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 9-40.
- MICHELON JR., Claudio. A inferência à melhor explicação e a autoridade da doutrina. In: *Direito, cultura e método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 3-26.

- OLIVEIRA, Paulo Mendes. O poder normativo dos tribunais: regimentos internos como fonte de normas processuais. *Civil Procedure Review*, v. 11, n. 2: mai.-ago. 2020.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Regimentos internos como fonte de normas processuais*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989.
- PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- PINO, Giorgio. Interpretação e “crise” das fontes. *Civil Procedure Review*, v. 12, n. 3: set.-dez. 2021.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, t. II (arts. 46 a 153).
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010.
- SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. *Revista de Processo*, v. 41, n. 259, p. 55-78, set. 2016.
- SOBA BRADESCO, Ignacio M. El derecho procesal, sus fuentes y el desafio de la simplicidade, *Revista Eletrônica de Direito Processual: REDP*, v. 23, n. 2, p. 564-591, maio/ago. 2022.
- SOUZA, Marcus Seixas. *Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 64ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, vol. I.
- WELSCH, Gisele Mazzoni. O poder normativo do CNJ: possibilidade de criação, modificação e restrição de direitos fundamentais. *Revista de Processo*, v. 38, n. 218, p. 165-182, abr. 2013.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, vol. 1.
- ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIREITO DE DEFESA E OBJETO DO PROCESSO

Thiago Ferreira Siqueira¹

1. INTRODUÇÃO

Apesar das enormes controvérsias que no passado envolveram o termo, hoje se encontra razoavelmente assentado na doutrina brasileira que o mérito da causa (ou, ainda, o objeto do processo ou objeto litigioso do processo) no direito processual civil deve significar nada além do que a pretensão processual trazida à apreciação jurisdicional em busca de satisfação. A partir disso, é amplamente majoritário o entendimento de que o *meritum causae* é formado pelos pedidos deduzidos pelas partes, ainda que haja alguma discussão a respeito do papel que a causa de pedir desempenha neste esquema².

Recentemente, porém, tem causado controvérsia o papel que a **defesa do réu** teria na formação do mérito da causa. Discute-se, assim, se, ao apresentar defesa, o requerido deduz pretensão própria capaz de ampliar o objeto do processo, ou se a defesa do réu tem o papel de, tão somente, resistir à pretensão deduzida pelo autor.

É justamente este o tema de que se ocupará este breve artigo, em que se buscará verificar se, e em que medida, o exercício do direito de defesa por parte do réu tem o condão de alterar o objeto do processo.

¹ Pós-doutorado em direito processual civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Doutor em direito processual civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em direito processual civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professor da Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado e consultor jurídico. thiago_siqueira@hotmail.com

² O tema do objeto do processo foi alvo de nossas atenções em obra de maior fôlego, à qual tomamos liberdade de remeter o leitor para maior aprofundamento: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais*. Salvador: Juspodivm, 2020. Cap. 1, p. 29-183.

A relevância de definir se a defesa do réu amplia ou não o objeto do processo está em compreender os **limites da tutela jurisdicional** prestada pela sentença de improcedência, com os diversos consectários disso decorrentes. Ao se entender que a defesa não amplia o objeto do processo, a consequência é a de que o julgamento de improcedência da pretensão autoral tem, tão somente, o condão de evitar a produção dos efeitos jurídicos pretendidos pelo requerente, sem ir além disso. Para aqueles, porém, que pensam de modo contrário, a decisão de improcedência equivaleria a uma verdadeira **declaração** em sentido contrário ao postulado pelo autor. Nessa linha, por exemplo, poder-se-ia entender que a sentença que julga improcedente pedido de reconhecimento de inexistência ou inexigibilidade de uma obrigação reconheceria a existência do crédito e, assim, constituiria título executivo judicial³. Outra consequência seria, ainda, a de se concluir pela inadmissibilidade de reconvenção em ação declaratória, por ausência de interesse de agir, já que a mera contestação produziria os mesmos resultados.

É importante, antes de prosseguir, esclarecer que a análise desenvolvida neste artigo não passará pelas hipóteses em que o réu, autorizado por lei, exerce o ato de **demandar**, como ocorre, por exemplo, com a apresentação de reconvenção (CPC/15, CPC/15, art. 343) ou de pedido contraposto (Lei nº 9.099/95, art. 31, *caput*; CPC/15, art. 556)⁴. Nesses casos, não há dúvidas de que, ao exercer o direito de ação, o réu efetivamente amplia o objeto do processo, acrescentando-lhe pretensão que até então não existia.

Nossas preocupações, portanto, concentrar-se-ão nas situações em que o réu, por meio de contestação, oferece simples defesa à pretensão em face dele deduzida, casos em que se torna relevante saber se há, ou não, alteração no mérito da causa.

³ É este, esclareça-se, o entendimento que vem prevalecendo na jurisprudência do STJ, que entende, por exemplo, que a sentença que julga improcedente ação declaratória de inexigibilidade de débito constitui título executivo em favor do réu. É o que se vê, por exemplo, no seguinte julgado: REsp 1680858/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 17/10/2017.

⁴ Por meio da expressão *pedido contraposto*, nos referimos, com Bondioli, aos “inéditos pedidos de tutela jurisdicional que o réu formula na mesma peça que utiliza para contestar a demanda ajuizada pelo autor” (*Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37). Tem razão, ainda, o autor, quando afirma que, com exceção de seus requisitos, não haveria distinção entre reconvenção e pedido contraposto, tendo em vista que ambos visam à “inserção em processo já instaurado de um novo pedido de tutela jurisdicional formulado pelo réu” (p. 37-38), ideia que fica ainda mais clara diante do CPC/15, em que a reconvenção e contestação podem ser apresentadas numa só peça (art. 343, *caput*). Para considerações semelhantes, conferir, ainda: SICA, Heitor Vitor. *O direito de defesa no processo civil...*, n. 9.2., p. 172-175.

2. A IRRELEVÂNCIA DA DEFESA DO RÉU PARA O OBJETO DO PROCESSO

Tradicionalmente se diz na doutrina que, sendo o *meritum causae* formado pelas pretensões deduzidas em juízo, a defesa do réu, enquanto busca apenas a rejeição dos pedidos iniciais, não seria capaz de ampliar o objeto do processo. Poderia, é certo, tornar mais extenso o universo das questões a serem analisadas enquanto pressupostos necessários ao julgamento do mérito (objeto do conhecimento do juiz), mas aquele, em si mesmo, não seria alterado⁵.

Essa é uma noção que se aplica a qualquer das modalidades de defesa apresentadas pelo réu, sejam elas (i) **processuais**, ou, ao que nos interessa, (ii) de **mérito**, em suas mais diversas formas. Assim, tanto as (ii.1) **defesas de mérito diretas**, em que o demandado se limita a negar os fatos narrados pelo autor ou as consequências jurídicas que se procura extrair daqueles, quanto as (ii.2) **defesas de mérito indiretas**, em que o réu acrescenta novos fatos com eficácia extintiva, impeditiva ou modificativa do direito do autor teriam, se acolhidas, o condão de, no máximo, levar à rejeição das pretensões iniciais, não sendo capazes de outorgar ao réu tutela jurisdicional de maior intensidade⁶. Essa ideia, no que se refere às defesas de mérito indiretas, será analisada de modo mais detalhado no próximo tópico.

Recentemente, todavia, em vitoriosa tese de doutoramento, Heitor Sica sustentou a ideia de que, ao se defender, o réu deduz demanda própria, antitéti-

⁵ Nesse sentido, na doutrina brasileira, dentre muitos outros: ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 820; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: s/ed, 1967. p. 89-90; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. n. 1267, esp. p. 548; MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. n. 9, p. 30-31; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. n. 617, p. 114-115; SANTOS, Moacyr Amaral. *Da reconvenção no direito brasileiro*. 2ª tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1958. p. 61-62; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 248; SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 140 e 277-278; WATANABE, Kazuo. “Ação dúplice”. In: *Revista de processo*. n. 31. São Paulo: RT, 1983. p. 140. Também na doutrina italiana parece ser essa a orientação dominante, como se vê, de modo claro, em: CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*, t. I. Padova: CEDAM, 1985. p. 526-528; GARBAGNATI, Edoardo. “Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1976. p. 265; HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: CEDAM, 1937. p. 144-145; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 11; PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civil*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2006. p. 55-59; VERDE, Giovanni. “Domanda (principio della)”. In: *Enciclopedia giuridica*, vol. XII. Roma: Treccani, 1989. n. 8, p. 7.

⁶ Para a classificação das defesas de mérito em *diretas* e *indiretas*, vale conferir, por todos: SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 273-278 e p. 286-288.

ca àquela formulada pelo autor, visando à declaração de inexistência do direito por ele deduzido, ou, no caso de ações declaratórias negativas, visando ao reconhecimento da existência da respectiva relação jurídica. A contestação do réu, com isso, teria o condão de alargar o objeto do processo, representando um verdadeiro contra-ataque direcionado ao primitivo demandante, possibilitando uma declaração em favor do réu de espectro mais largo que a simples rejeição dos pedidos iniciais⁷. Para tanto, fundamenta seu entendimento, inicialmente, na ideia de que, sob o ponto de vista constitucional, a garantia do direito de ação não poderia conceder vantagens ao autor pelo simples fato de este ter tomado a iniciativa de demandar, o que feriria o princípio da isonomia. Ademais, a simples rejeição dos pedidos iniciais, com a declaração da inexistência do direito alegado pelo autor, não dependeria sequer da apresentação de defesa pelo réu, que, portanto, deveria produzir resultados diferentes daquela.

A discussão é das mais relevantes, uma vez que a posição adotada pode influenciar diretamente no sentido que deve ser dado à sentença de improcedência dos pedidos iniciais e aos efeitos dela decorrentes.

Pensamos, porém, que o melhor caminho é descartar a possibilidade de interpretar a defesa como verdadeira demanda quando ausente inequívoca manifestação de vontade neste sentido, justamente pelas consequências práticas que uma pretensão do réu traria nestas hipóteses. Caso contrário, corre-se o risco de que o autor subestime as consequências decorrentes do acolhimento da resistência apresentada na contestação, em clara violação à garantia do contraditório⁸.

É bem verdade que, uma vez apresentada a contestação, o autor geralmente tem a oportunidade de sobre ela se manifestar em sede de réplica (CPC/15, art. 350)⁹. O fato, porém, é que é necessário que estejam claras, para o demandante, as consequências que podem advir do acolhimento das razões do réu,

⁷ *O direito de defesa no processo civil..., passim*, esp. p. 205-280. O seguinte trecho deixa claro o que quer dizer o autor: “Essas constatações nos parecem suficientes para concluir que a resposta de mérito do réu, mesmo que limitada ao pedido de improcedência da demanda do autor, pode (e deve) ser interpretada como uma demanda declaratória, que invoca seus próprios fundamentos e que, se acolhida, resultará em uma declaração mais ampla do que a simples negativa do direito invocado pelo autor com base na sua causa de pedir (o que pode ser produzido mesmo sem qualquer intervenção do réu)” (p. 229).

⁸ Para maior desenvolvimento deste argumento, ver: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 178-179,

⁹ Um argumento que poderia ser utilizado para demonstrar, no sistema do CPC/73, a diferença de tratamento da simples defesa do réu para aquele dado a seu contra-ataque, é o fato de que, enquanto para se manifestar em sede de réplica o autor tinha o prazo de 10 dias (art. 326), para a contestação à reconvenção eram previstos 15 dias (art. 316). No CPC/15, todavia, o argumento perde sentido, já que, também para a réplica, passa a ser previsto o prazo de 15 dias (art. 350).

justamente para que ele possa adequadamente dimensionar a sua reação a essas, conforme as legítimas expectativas depositadas neste resultado.

Em outras palavras, justamente pelas consequências que a formulação de pretensão tem para o resultado do processo, é forçoso entender, com Marcelo Pacheco Machado, que “uma demanda, para ser uma demanda, deve ser inexoravelmente uma demanda, sob pena de prejudicar o contraditório”¹⁰.

No sistema do CPC/73, um bom indicativo para que se soubesse quando o réu havia formulado demanda própria, ao menos no procedimento comum ordinário, era o fato de que a reconvenção, nos termos do art. 299, deveria ser oferecida em **peça autônoma** à da contestação, formalidade que permitia ter maior certeza sobre quando foi utilizada tal forma de contra-ataque¹¹. Ainda, porém, que se entendesse ser despicienda a observância deste requisito – e que, assim, era admissível a reconvenção deduzida na própria contestação –, era necessário que ficasse claro qual o sentido da resposta do réu¹². Deve-se lembrar, aliás, que, nos termos do que dispunha o art. 293 do Código revogado, os pedidos deveriam ser interpretados restritivamente, não se permitindo, portanto, que se enxergasse a formulação de pretensão quando isso não tenha ficado claro.

¹⁰ *A correlação no processo civil...*, p. 178.

¹¹ Marcelo Pacheco Machado explica as razões pelas quais a separação formal entre a contestação e a reconvenção apresentaria alguma vantagem: “Aqui parece haver um argumento forte, favorável à separação. Reconvenção e defesa podem ser técnicas muito parecidas, especialmente se compararmos o seu conteúdo, *e.g.* a alegação da invalidade do contrato que pautava a demanda de cobrança, a alegação da inexistência de vício redibitório, a alegação de culpa exclusiva da vítima em demanda de reparação de danos, a alegação de pagamento em demanda de cobrança etc. O problema é que, a despeito disso, as consequências destas técnicas são drasticamente distintas, mesmo partindo-se das mesmas alegações de direito material. A alegação de nulidade do contrato em contestação significa apenas a possibilidade de o pedido de cobrança daquela dívida específica ser julgado improcedente, ao passo que esta mesma alegação presente em reconvenção deverá significar, se acolhida, o reconhecimento da invalidade de todo o negócio jurídico. De um lado, separando as petições, cada uma com um documento separado, não haveria dúvidas para o autor, no sentido de que houve ou não, ampliação no objeto do processo e, por sua vez, a certeza quanto a essa informação passa a ser muito relevante para o contraditório. Por outro lado, havendo contestação e demanda (contra ataque) num mesmo documento, passamos a tratar de situação de maior incerteza” (“Resposta do réu no Novo CPC: uma boa ideia inspirada nos Juizados Especiais Cíveis”. In: *Revista do advogado*, n. 127. São Paulo: AASP, 2015. p. 75-76).

¹² São pertinentes, no ponto, as colocações de Cassio Scarpinella Bueno: “Se, não obstante a regra do art. 299, contestação e reconvenção forem apresentadas na mesma ‘peça’ ou, como é mais comum se referir, na mesma ‘petição’, disto não se deve seguir o seu indeferimento desde que o intento de reconvir do réu seja suficientemente claro e que ele seja tratado como tal em todos os sentidos. Importa na avaliação de cada caso concreto, portanto, verificar se a não-observância da forma pode comprometer a defesa a ser exercitada pelo autor” (*Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 175 – *destaques nossos*). Em sentido semelhante, ainda: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 39.

Já no CPC/15, a questão torna-se, segundo nos parece, um pouco mais complicada. Nos termos de seu art. 343, a reconvenção, no procedimento comum, será proposta **na própria contestação**. Ademais, de acordo com o art. 322, § 2º, a interpretação dos pedidos não será mais realizada de modo restritivo, mas “considerará o **conjunto da postulação** e observará o princípio da boa-fé”.

Somadas, assim, estas duas circunstâncias, torna-se consideravelmente mais complexo aferir quando uma determinada afirmação constante da contestação configura, ou não, demanda do réu. Para ficarmos num exemplo simples, imaginemos que, proposta demanda visando à declaração de inexistência de dívida, o réu, em sua contestação, nega os fatos nos quais o autor apoia sua pretensão e, ao final, afirma a existência da relação jurídica. Como identificar se se trata de mera resistência ao pedido inicial, ou se, efetivamente, foi deduzida pretensão declaratória positiva? São, como nos parece, bem distintas as consequências conforme a resposta que se dê a essa pergunta.

Por tal razão é que, mesmo no sistema do CPC/15, para que uma dada reação do réu possa ser entendida como demanda, deve haver clara manifestação de vontade sua no sentido de deduzir pretensão própria. E isso pode-se identificar a partir do uso de expressões capazes de transmitir, para os demais interlocutores, que, efetivamente, foi formulado um pedido. É diferente, por exemplo, que o demandado afirme que “uma dívida é existente”, de um requerimento no sentido de que seja “declarada” esta situação. O que muda, a nosso ver, com os mencionados arts. 343 e 322, § 2º, é que não será mais necessário que tal pedido seja deduzido em peça autônoma, ou, ainda, em um tópico específico da contestação a esse respeito.

Deve-se perceber, aliás, nos termos do mencionado art. 322, § 2º, que um dos vetores a serem levados em consideração na interpretação dos pedidos é o princípio da boa-fé, que tem como um de seus corolários a necessidade de preservação das legítimas expectativas que o comportamento de um dos sujeitos processuais cria nos outros¹³. Dessa forma, é importante que fique claro se o réu deduziu, ou não, pedido próprio, justamente em virtude dos reflexos práticos que daí decorrem.

Por esse motivo, segundo entendemos, a atitude do réu de se defender dos pedidos do autor não é capaz de, por si só, ampliar o objeto do processo, que

¹³ De acordo com Antonio do Passo Cabral, “a chamada boa-fé objetiva é baseada em padrões de conduta social, voltada para a proteção das expectativas que os demais membros do conjunto social nutrem de todos nós. Vale dizer, protegem-se os interesses do *alter*, a confiança de que todos pautem suas condutas de acordo com as convenções sociais, aquilo que legitimamente é esperado de cada parte” (“O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. In: *Revista de processo*, n. 126. São Paulo: RT, 2005. n. 7).

continua a ser formado pelas pretensões processuais deduzidas através do ato de demandar, identificadas pelas respectivas causas de pedir.

3. AS EXCEÇÕES SUBSTANCIAIS (“CONTRADIREITOS”)

No tópico anterior, foi dito que, qualquer que seja a técnica escolhida, o comportamento meramente defensivo do réu não tem o condão de alterar a configuração do objeto do processo. Neste momento, então, passamos a aprofundar referida noção quanto às chamadas defesas de mérito indiretas, em relação às quais se registra certa polêmica em sede doutrinária.

Como indicado no tópico anterior, ao apresentar defesa de mérito indireta, o réu não se limita à negativa dos fatos ou consequências jurídicas indicadas pelo autor, mas acrescenta outros fatos dotados de eficácia jurídica própria, no intuito de evitar a procedência do pedido. Esses fatos, como se sabe, são classificados conforme os efeitos jurídicos que são capazes de projetar sobre o direito afirmado pelo autor. Fala-se, então, em **fatos extintivos**, que têm o condão de pôr fim ao direito perseguido em juízo (p. ex.: prescrição; decadência; pagamento; culpa exclusiva da vítima; compensação, se o crédito é igual ou maior que o alegado pelo autor etc.), **fatos modificativos**, capazes de alterar os efeitos jurídicos buscados pelo autor (p. ex.: culpa concorrente da vítima; compensação, se o crédito for menor que o alegado pelo autor etc.), e, por fim, **fatos impeditivos**, aptos a obstaculizar temporariamente a produção dos efeitos pretendidos pelo autor (p. ex.: exceção de contrato não cumprido; direito de retenção por benfeitorias etc.)¹⁴.

É importante perceber, ainda, que esses fatos têm, em certos casos, a capacidade de gerar verdadeiros direitos subjetivos em favor do demandado, razão pela qual é comum se falar, nessas situações, em **exceções substanciais**¹⁵ (ou, excepcionalmente, em *objeções substanciais* caso se trate de matéria cognoscível de ofício¹⁶), ou, ainda, em **contradireitos**¹⁷. Muitos desses direitos, inclusive, po-

¹⁴ Importa deixar claro que não é pacífico o enquadramento das situações descritas em cada uma das categorias de fatos. Para a classificação adotada, ver, por todos: SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 275-276.

¹⁵ Para o conceito de *exceção substancial*, conferir, por todos: SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 275-278 e p. 286-288. Para uma minuciosa e profunda análise de diversas das exceções substanciais previstas no Código Civil, vale, ainda, a leitura dos Capítulos 8 a 12 (p. 289-434) da mesma obra.

¹⁶ Para a contraposição entre objeções substanciais e exceções substanciais, com profunda análise crítica desse último conceito, vale conferir: SICA, Heitor Vitor. *O direito de defesa no processo civil...*, Cap. 7, p. 94-133.

¹⁷ Já em Chiovenda encontra-se a expressão *contradireito*, “no sentido de que é um poder de anulação dirigido *contra* outro direito” (*Instituições de direito processual civil*, vol. I. Trad.: J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969. n. 100, p. 338). Na doutrina brasileira recente, sobre o conceito de *contradireito*: DIDIER Jr, Fredie. “Contradireitos,

deriam ser objeto de demanda própria, seja em processo autônomo ou pela via reconvenção, em que o réu deduziria pretensão à obtenção do bem da vida correspondente¹⁸⁻¹⁹. Basta, para tanto, que se pense no crédito que dá suporte à exceção de compensação ou, ainda, no direito à indenização por benfeitorias em que se baseia a exceção de retenção.

Diante disso, então, há autores que entendem, embora com alguma variação, que, ao deduzir uma exceção substancial ou um contradireito, o réu **ampliaria o objeto do processo**, justamente por trazer a juízo um direito subjetivo de que até então não se cogitava²⁰.

Essa ideia, porém, deve ser rechaçada a partir do momento em que se entenda que, ainda que assim se comporte o demandado, o acolhimento da exceção substancial levará, no máximo, à **improcedência** do pedido já deduzido em juízo, não sendo capaz de lhe outorgar tutela jurisdicional de maior amplitude, o que dependeria do ajuizamento de demanda própria²¹. Valem, aqui, as mesmas

objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015”. In: *Improcedência*. Coord.: Rinaldo Mouzalas [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2015. *passim*, esp. n. 3, p. 63-65.

¹⁸ “[...] na maioria das vezes, o substrato fático e jurídico da defesa de mérito indireta comportaria, por si só, a propositura pelo réu de uma ação em face do autor” (SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 277).

¹⁹ Vale dizer, porém, que há autores que utilizam o conceito de *contradireito* para tratar de direitos que se prestam, tão somente, à neutralização de outros direitos, e, que, portanto, apenas podem ser deduzidos por meio de exceção, e nunca de ação. Nesse sentido: DIDIER Jr, Fredie. “Contradireitos...”, p. 63-64; MENDES, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968. p. 180-183. Para esses casos, então, a afirmativa do texto não seria exata.

²⁰ Nesse sentido, na doutrina brasileira: DIDIER Jr, Fredie. “Contradireitos...”, *passim*, esp. n. 4-7, p. 65-72; DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016. p. 234; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 108-109; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais*. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016. n. 3.4.4, p. 96-99. Na doutrina espanhola é o que se vê em: FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000. p. 33-38; SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005. p. 32-37. Na doutrina italiana, por sua vez: PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (dir. vig.)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969. p. 862.

²¹ Essa era uma noção clara já na obra de Chiovenda, que, em tópico destinado a tratar da “relação entre a exceção e a reconvenção”, esclareceu que: “A exceção é apenas um meio com que o réu justifica seu pedido de rejeição da demanda do autor, e, conquanto o réu se valha de diversas exceções, seu pedido tende sempre à rejeição da demanda do autor; pelo que, a exceção tem por definição os *mesmos limites* da ação” (*Instituições...*, vol. I, n. 103, p. 347). Na mesma linha, ainda, na doutrina brasileira, ressaltando a distinção da afirmação de um direito como meio de defesa e pela via da reconvenção, dentre muitos outros: BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 26-28; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1273, p. 553-554; LACERDA, Galeno. “As defesas de direito material no novo Código de Processo Civil”. In: *Revista Forense Come-*

considerações feitas no tópico anterior, relativas à necessidade de que esteja claro quando uma dada manifestação deve ser considerada uma demanda, justamente pelas consequências que isso pode trazer para as relações entre as partes.

Emblemática, nesse sentido, é a contraposição que se faz a respeito da **compensação** quando alegada como **exceção**, e quando dá suporte a um **pedido reconvençional**. Entende-se, nessa linha, que, ao ser deduzida como matéria de defesa, a compensação poderia levar à rejeição da pretensão condenatória do autor no todo ou em parte. Para que seja possível ao réu, entretanto, obter a condenação do requerente em eventual valor excedente, é necessário que formule pretensão própria. Caso contrário, mesmo que fique constatado que o crédito do demandado é de maior extensão que o do autor, a ausência de reconvenção impede que lhe seja concedida tutela jurisdicional mais intensa que a simples rejeição do pedido inicial²².

Algo de semelhante pode ser dito, ainda, em relação à alegação do réu de que tem direito a ser indenizado por benfeitorias úteis ou necessárias, em demanda na qual se pretenda, em face dele, a recuperação da posse de imóvel. Caso suscitada como matéria de defesa, o acolhimento da alegação poderá dar, ao requerido, o direito de reter a coisa até que seja indenizado, sustando, com isso, a eficácia da sentença condenatória contra ele proferida. Porém, para que obtenha título executivo contra o autor, capaz de lhe dar acesso aos meios de efetivação forçada do crédito, é necessário que deduza, em juízo, uma pretensão condenatória²³.

Sendo assim, justamente por não provocar alteração no espectro de efeitos que a atuação jurisdicional é capaz de produzir num determinado processo, não

morativa – 100 anos, t. 5. Coord.: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 269-270; SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 277.

²² Nesse sentido, vale conferir, na doutrina brasileira: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Reconvenção”. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. n. 4, p. 118-119; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 31-33; SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 408-414. Em sentido contrário, por outro lado, entendendo que não haveria razão pela distinção afirmada no texto, que se prenderia “à questão formal (‘o réu não reconveio’), sem considerar que o réu fez valer em juízo o seu crédito”, é o pensamento de Heitor Sica: *O direito de defesa...*, n. 9.7.2, p. 198-200. Finalmente, para uma minuciosa análise dos efeitos da coisa julgada formada em ação condenatória em relação ao crédito compensável de titularidade do réu: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119-124.

²³ Nesse sentido, vale, uma vez mais, a referência ao que escreveu Chiovenda ao tratar das relações entre exceção e reconvenção: “Pode alegar-se o crédito do réu como simples fundamento da exceção de retenção, ou para pleitear reconvençionalmente a condenação do autor ao pagamento” (*Instituições...*, vol. I, n. 103, p. 348). É importante registrar, porém, a existência de posicionamento no sentido de que, justamente por poder exercitar o *ius retentionis*, careceria o réu de interesse de agir na propositura de demanda condenatória: SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 394-396.

nos parece que, ao apresentar defesa de mérito indireta, o réu amplie o objeto litigioso, que continua a ser formado pelas pretensões efetivamente deduzidas em juízo, ainda que, como se disse, torne mais complexo o universo dos elementos que serão objeto de cognição pelo juiz.

Antes de prosseguir, é importante perceber que, no sistema do Código de Processo Civil de 2015, as exceções substanciais deduzidas pelo réu como matéria de defesa podem levar a consequência que não se mostrava possível no sistema anterior, uma vez que, mesmo não constando do objeto do processo, sua análise poderá restar acobertada pela coisa julgada na forma do art. 503, § 1º, que prevê a formação daquela autoridade sobre as questões prejudiciais incidentais.

Isso porque, ao apresentar defesa de mérito indireta, o réu traz a juízo uma determinada situação jurídica que, caso existente, pode levar à rejeição da pretensão deduzida pelo demandante. Trata-se, em outras palavras, de situação que, uma vez afirmada, passa a influenciar o modo como deve ser julgado o mérito da causa, no sentido de que sua inexistência passa a ser condição para que o pedido seja acolhido, ao menos em sua totalidade ou com os efeitos inicialmente pretendidos.

E, como se sabe, a prejudicialidade é justamente a relação que se estabelece entre dois elementos quando o juízo que se faz sobre um deles é capaz de influenciar o modo como será analisado o outro. Dessa forma, pode-se dizer que ao deduzir uma determinada exceção substancial em sua defesa, o réu traz a juízo um elemento prejudicial ao mérito da causa. Mais especificamente, estabelece-se, entre a situação jurídica que dá suporte à defesa de mérito indireta e a pretensão processual, uma relação de prejudicialidade por incompatibilidade²⁴. Desse modo, caso preencha os requisitos do art. 503, § 1º do CPC/15, é possível que sobre a análise relativa a uma exceção substancial venha a recair a autoridade de coisa julgada.

4. AÇÕES DÚPLICES, OBJETO DO PROCESSO E OBJETO DA DECISÃO

Embora, pelas razões vistas acima, a defesa do réu não amplie de ordinário o objeto do processo, há situações excepcionais, verificadas em alguns procedimentos especiais, em que pode ser prestada ao réu tutela jurisdicional de maior intensidade do que a simples rejeição do pedido inicial, independentemente da

²⁴ Sobre a definição de prejudicialidade e suas modalidades, dentre as quais se inclui a prejudicialidade por incompatibilidade, tomamos a liberdade de remeter, uma vez mais, a outro trabalho de nossa autoria: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada...*, Cap. 2, p. 185-304.

apresentação de pretensão própria. É o que ocorreria, por exemplo, na ação de consignação em pagamento e na ação de exigir contas.

Nesses casos, é comum que se faça alusão às chamadas ações dúplices (*actio duplex*; *judicia duplicia*), expressão que, em sua origem, era utilizada para denominar as ações em que, em razão das particularidades do direito material em disputa, haveria certa equivalência nas posições dos litigantes. Assim, uma vez que uma das partes desse início ao processo, não mais haveria que se falar em autor ou réu; qualquer uma delas poderia obter o acesso ao bem da vida em disputa, ainda que não houvesse formulado pedido expresso. Nesse sentido, no direito romano eram considerados dúplices, por exemplo, os interditos possessórios e os juízos divisórios²⁵.

O fato, contudo, é que, atualmente, como vem identificando a doutrina, a expressão é utilizada de forma altamente equívoca, para fazer alusão a situações com características muito diversas entre si. Assim, por exemplo, encontra-se quem a empregue para se referir aos casos nos quais o réu pode deduzir pedido sem a necessidade das formalidades da reconvenção, como ocorre nas ações possessórias e nos juizados especiais cíveis. Em outras oportunidades, a expressão é utilizada para os casos em que o conteúdo da defesa do réu é capaz de ampliar os limites da tutela jurisdicional que lhe pode ser prestada, como ocorre na ação de consignação em pagamento, e nas ações revisional de aluguel e renovatória de locação. Por fim, em outras hipóteses, é utilizada para tratar de algumas modalidades de processos que, independentemente da apresentação de defesa, já têm, desde o seu nascedouro, a possibilidade de outorgar tutela jurisdicional de igual intensidade a autor e réu, como nas ações de divisão e demarcação de terras²⁶.

Em virtude desse confuso quadro, há, assim, quem entenda que o conceito de ação dúplice não teria qualquer validade científica²⁷. Não é, entretanto, o que nos parece: a expressão, consagrada pela tradição, pode ser utilizada adequadamente para retratar as situações em que ao réu, mesmo que não apresente demanda própria, pode ser prestada tutela jurisdicional que vai além da simples negativa do direito perseguido pelo autor.

²⁵ Nessa linha, sobre as ações dúplices no direito romano: BONDIOLI, Luis Guilherme Airdar. *Reconvenção no processo civil*, p. 48. Para uma breve retrospectiva histórica conferir, ainda: WATANABE, Kazuo. “Ação dúplice”, n. 2, p. 138-139.

²⁶ Também registrando a forma equívoca pela qual é utilizada a expressão: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Contra-ataque do réu: indevida confusão entre as diferentes espécies (reconvenção, pedido contraposto e ação dúplice)”. In: *Revista dialética de direito processual*, vol. 9. São Paulo: Dialética, 2003. n. 1-2. YARSHELL, Flávio Luiz. “Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de ‘ação dúplice’?”. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005. p. 565.

²⁷ Neste sentido: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil...*, p. 190.

Passemos, então, a analisar que tipo de situações podem se enquadrar no conceito de ação dúplice, a fim de verificar de que forma o tema se relaciona com o objeto do processo e o objeto da decisão.

A partir do conceito acima adotado, se pode, antes de tudo, afastar a natureza dúplice de processos em que é permitida a formulação de **pedido** na contestação sem que, para tanto, tenham de ser observados os requisitos da reconvenção, como ocorre, por exemplo, nos procedimentos que têm lugar perante os juizados especiais cíveis (Lei n° 9.099/95, art. 31)²⁸. Nesses casos, é a circunstância de deduzir pretensão própria no processo e se tornar demandante o que permite ao primitivo réu obter tutela jurisdicional que extrapole a rejeição do pedido inicial.

Com base na mesma ordem de ideias, ainda, deve-se descartar que as ações possessórias possam ser consideradas dúplices, na medida em que a obtenção de “proteção possessória” ou de “indenização”, nos termos do art. 556 do CPC/15, exige a apresentação de pedido por parte do réu, ainda que na própria contestação. Nesse caso, então, o réu adota postura ativa, e, com isso, torna-se demandante, como deixa claro o próprio dispositivo²⁹.

Nessas hipóteses, portanto, não há qualquer peculiaridade em relação ao que, no procedimento comum, ocorre com a possibilidade de apresentação de reconvenção, à exceção, é claro, dos requisitos para o manejo de cada uma dessas formas de contra-ataque. Considerando, aliás, como já lembrado, que no CPC/15 a reconvenção pode ser apresentada na própria contestação (art. 343), fica muito reduzida a distinção que se poderia estabelecer entre as figuras.

Diante disso, como afirmado, a expressão “ação dúplice” deve-se restringir às hipóteses em que, **independentemente da apresentação de demanda própria**, o resultado do processo pode outorgar ao réu tutela jurisdicional que

²⁸ Em sentido contrário, Cândido Dinamarco define ações dúplices como “aqueles litígios ou procedimentos nos quais a lei permite ao réu deduzir, sem o formalismo de uma reconvenção, um *pedido contraposto* ao do autor”, razão pela qual, coerentemente, afirma que nessa categoria se enquadrariam os processos dos juizados especiais cíveis (*Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. n. 14, p. 56-57). No sentido do texto, por outro lado, negando o caráter dúplice às ações propostas perante os juizados especiais: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 68-69.

²⁹ É o que se extrai do próprio texto do art. 556 do CPC/15, que afirma que poderia o réu “*demandar a proteção possessória e a indenização...*”. Nessa linha, recusando o caráter dúplice às ações possessórias: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 62-65; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Contra-ataque do réu...”, n. 4; SILVA, Ovídio Baptista da. *Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. n. 101, p. 206. Em sentido contrário, por outro lado: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*, p. 121-122; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. II. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. n. 87, p. 135; WATANABE, Kazuo. “Ação dúplice”, n. 4, p. 141; YARSHELL, Flávio Luiz. “Resolução do contrato...”, p. 567.

extrapole a simples negativa do direito postulado pelo autor. Ainda assim, é necessário diferenciar algumas situações.

Em alguns casos, as características do direito material em disputa ou da pretensão deduzida em juízo fazem com que o simples julgamento do pedido inicial seja capaz de outorgar tutelas de **igual intensidade** ao autor e ao réu, independentemente da apresentação de demanda ou mesmo de defesa por parte desse último. Nessas situações, qualquer um dos sujeitos envolvidos na situação litigiosa pode ocupar o polo ativo ou passivo da demanda, a depender de quem tome a iniciativa de buscar a proteção judiciária.

É o que ocorre, de modo emblemático, nas ações de divisão e de demarcação de terras particulares (CPC/15, arts. 946 a 981): em tais situações, é da natureza do direito deduzido em juízo que o processo, desde seu nascedouro, tenha a aptidão para tutelar as partes de modo idêntico, independentemente de qual delas tenha lhe dado início. Uma vez proposta a demanda, serão adotadas as medidas necessárias para que a divisão da coisa comum ou a fixação dos limites entre os imóveis seja feita da forma adequada, ainda que mais favorável ao réu que aquela proposta na inicial, independentemente de qualquer manifestação de sua parte. Além disso, qualquer um dos condôminos ou confrontantes pode propor a demanda divisória ou demarcatória³⁰.

Algo de semelhante se verifica, ainda, na demanda em que se pretende a apuração de haveres nos casos de dissolução parcial da sociedade (CPC/15, art. 599, II e III)³¹. Nesses procedimentos, é da natureza da pretensão deduzida que se investigue o montante devido por uma parte à outra, independentemente de quem tenha dado início ao processo e de qualquer comportamento defensivo por parte do réu.

Ainda a título exemplificativo, pode-se mencionar, finalmente, a ação de restauração de autos, que pode ser proposta por qualquer das partes e se destina

³⁰ Nessa linha, a doutrina é praticamente unânime em ressaltar o caráter *dúplice* das ações de divisão e demarcação. A esse respeito, vale a leitura do que escreve Antonio Carlos Marcato: “Essas duas ações têm *natureza dúplice*, pois comum a pretensão divisória ou demarcatória das partes, assumindo autor e réu no processo, recíproca e simultaneamente, as posições ativa e passiva; consequentemente, a eventual rejeição do pedido do primeiro será suficiente para garantir resultado favorável ao segundo, independentemente de formulação expressa de pedido nesse sentido. Diante disso, mostra-se inadmissível a reconvenção, por ausência de interesse de agir” (*Procedimentos especiais*, p. 139). Em sentido muito semelhante, ainda: c n. 343, p. 441.

³¹ Nesse ponto, é importante diferenciar a pretensão à *resolução da sociedade em relação ao sócio* daquela concernente à *apuração de haveres*, que podem ser cumuladas, ou não, nos termos do art. 599 do CPC/15. Como nos parece claro, apenas essa segunda é dotada de duplicidade nos termos fixados no texto. Quanto à pretensão à resolução parcial da sociedade, a legitimização ativa dependerá da concreta situação litigiosa, nos termos do art. 600, e o resultado, se favorável ao réu, implicará tão somente na rejeição da pretensão à saída do sócio, seu espólio ou sucessores.

à produção de um resultado que atingirá todos os sujeitos do processo de modo idêntico, independentemente de quem lhe tenha dado início³².

Nesses casos, como dito, a duplicidade da demanda é reflexo de uma particularidade do direito discutido em juízo, o que faz com que o julgamento do pedido inicialmente formulado tenha, em si mesmo, a aptidão para tutelar de igual modo todas as partes. Não há, então, qualquer alteração nas noções de objeto do processo e de objeto do julgamento, que, como costuma ocorrer, têm como referência a pretensão deduzida. O que ocorre, na verdade, é que a própria pretensão tem, nesses casos, características singulares que tornam indiferentes, quanto ao resultado do processo, as posições das partes na relação processual.

Situação distinta se verifica em outras hipóteses em que, malgrado o direito discutido não tenha as características acima referidas, a lei estabelece que ao réu, ainda que não apresente demanda, pode ser prestada tutela jurisdicional que vai além da improcedência do pedido do autor. Nesses casos, é a lei processual que possibilita ao demandado a obtenção de efeitos que, em geral, não poderia alcançar sem a formulação de pretensão própria. Fala-se, assim, que a duplicidade decorreria da norma processual, e não da relação material, como nas hipóteses anteriormente tratadas³³.

De dois modos distintos se pode chegar a esse resultado.

Primeiramente, há situações nas quais pode o réu obter efeitos que extrapolem a simples improcedência do pedido inicial **independentemente** da apresentação de defesa ou de qualquer outra manifestação em juízo.

É que ocorre na ação de exigir contas, que pode redundar na aferição de saldo favorável ao réu e, assim, na condenação do autor (CPC/15, art. 552), ainda que aquele não se manifeste nos autos. Nessa linha, mesmo que o demandado permaneça inerte e que, por isso, o próprio autor apresente as contas que entender adequadas, pode o juiz, a partir de outros elementos dos autos ou com o auxílio de prova pericial (CPC/15, art. 550, § 6º), apurar a existência de crédito de titularidade do réu e vir a condenar o demandante.

Nessa hipótese, é de se notar que, caso inexistisse a previsão legal, a apuração de saldo favorável ao réu levaria, a rigor, à rejeição das contas apresentadas

³² Nessa linha, ressaltando o caráter dúplice da ação de restauração de autos: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 66; THEODORO Jr., Humberto. *Curso...*, vol. II, n. 271, p. 431.

³³ Para a distinção entre a duplicidade decorrente da relação material e aquela decorrente de norma processual, ver, por todos: YARSHELL, Flávio Luiz. “Resolução do contrato...”, n. 3, p. 566-568. A dicotomia, porém, é rechaçada por Heitor Sica, para quem apenas quando tal característica decorra da relação material é que se poderia falar em ação dúplice (*O direito de defesa no processo civil...*, p. 180-181).

pelo autor. Não teria, assim, a aptidão de formar título executivo em prol do requerido se esse não formulasse pretensão própria³⁴.

O que se tem, portanto, nessa situação, é uma **exceção legal à regra da correlação** entre demanda e tutela jurisdicional, que determina que, presentes certas condições – no caso, a apuração de saldo favorável ao réu -, o objeto da decisão tenha como conteúdo um elemento condenatório que não integra o objeto do processo.

Situação análoga se verifica, ainda, na ação de desapropriação: ajuizada a demanda, caberá ao juiz, logo de início, designar perito para a avaliação do bem, prova que apenas não terá lugar caso as partes expressamente concordem com o preço ofertado (DL n° 3365/41, arts. 14, 22 e 23). Nesse contexto, pode ser fixada indenização em patamar superior àquele oferecido pelo ente expropriante em sua inicial, ainda que o réu não o impugne especificamente ou sequer compareça aos autos, o que é admitido expressamente pelo art. 27, § 1° do DL n° 3365/41. A lei, no caso, visando à observância do direito à justa indenização (CF/88, art. 5°, XXIV), permite a concessão de tutela em favor do réu distinta da mera improcedência, consistente na formação de título executivo para que possa obter o valor apurado em juízo³⁵.

Nessas hipóteses, portanto, como anunciado, a duplicidade, criada pela lei processual, se manifesta independentemente de qualquer atitude do réu, uma vez que o processo, da forma como é disciplinado, tem, desde o início, a aptidão de produzir resultados que extrapolem a improcedência. No caso, presente determinada circunstância, a lei determina que o objeto da decisão vá além das pretensões que dão forma ao objeto do processo.

Situação distinta, por fim, é o que se verifica em determinados procedimentos especiais em que a obtenção de tutela em favor do réu nesses moldes depende do conteúdo da **defesa** por ele apresentada.

Exemplo eloquente disso é o que ocorre na ação de consignação em pagamento regulada pelo Código de Processo Civil: uma vez alegado na contestação que o depósito inicial realizado pelo autor é insuficiente (art. 544, IV), deverá o juiz, sempre que possível, fixar o montante devido, valendo a sentença como título executivo em favor do réu (art. 545, § 2°).

³⁴ Nesse sentido, também ressaltando que, no caso, a duplicidade decorre da norma processual: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 60-61; YAR-SHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*, vol. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014. n. 226, p. 288-289.

³⁵ Nessa linha, ressaltando o caráter dúplice da ação de desapropriação, com a possibilidade de fixação de valor maior que o ofertado mesmo no caso de revelia: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 67-68; DINAMARCO, Cândido Rangel. “Tutela jurisdicional”, p. 387.

Nesse caso, na linha do que se vem dizendo, ao estabelecer o caráter dúplice da ação de consignação em pagamento, o art. 545, § 2º do CPC/15 consagra, uma vez mais, exceção à regra da correlação entre o objeto do processo e o objeto do julgamento. Afinal, o objeto da ação de consignação em pagamento é formado pelo pedido declaratório³⁶ de que a obrigação foi extinta pelo depósito inicial, identificado – e limitado em seu julgamento – pela causa de pedir deduzida na inicial, ou seja, pela afirmação de alguma ou algumas das circunstâncias que, de acordo com o direito material (CC/02, art. 335), permitiriam a realização do pagamento em consignação.

É de se notar que, ao alegar em sua contestação que o depósito efetuado pelo autor não é integral (CPC/15, art. 544, IV), o réu não amplia o objeto do processo, vez que não deduz pretensão própria. Ainda assim, caso acolhida tal alegação, e rejeitado o pedido inicial, a sentença não apenas declarará a manutenção da obrigação, como terá eficácia executiva, permitindo, ao credor, obter a satisfação da obrigação nos mesmos autos.

Esse efeito, como se disse, apenas é possível porque a lei expressamente estabelece exceção à regra geral da correlação. Inexistente aquele dispositivo, e aplicando as noções até aqui desenvolvidas, o acolhimento da alegação de insuficiência do depósito não traria, ao réu, qualquer outro benefício além da declaração de que não houve a extinção do vínculo obrigacional.

Desse modo, ainda que para aferir a insuficiência do depósito inicial o juiz houvesse de determinar o montante devido, não seria possível, ao réu, ter acesso às vias executivas para proceder à efetivação forçada da obrigação. Afinal, tal informação seria relevante apenas para fins de fundamentação da sentença, não integrando, propriamente o objeto da decisão. Em caso de improcedência da pretensão consignatória, não seria possível, aliás, sequer o levantamento por parte do réu da parcela depositada pelo autor, já que, nessa hipótese, como dito, a sentença tão somente declararia que o depósito não produziu o efeito de extinguir a obrigação³⁷.

Era exatamente esse, por sinal, o tratamento dado pela doutrina ao tema antes do advento da Lei nº 8.951/94, que acrescentou, no CPC/73, o art. 899, § 2º - dispositivo semelhante ao atual art. 545, § 2º -, dotando a ação consignatória de caráter dúplice. Afirmava-se, nessa linha, que a rejeição do pedido inicial não

³⁶ Sobre a natureza declaratória da ação consignatória, ver, por todos: MARCATO, Antonio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. São Paulo: RT, 1985. p. 109.

³⁷ As mesmas considerações são feitas por Adroaldo Furtado Fabrício, que destaca o caráter excepcional das regras relativas à demanda consignatória no Brasil: “Normalmente, essa insuficiência do depósito, uma vez reconhecida pela sentença, conduziria diretamente à improcedência da demanda, pois ao juiz não seria lícito declarar o autor liberado parcialmente até o limite do valor do depósito, com permanência do débito pelo saldo: ou a consignação é bastante para extinguir a obrigação ou esta subsiste inteira” (*Comentários...*, vol. VIII, t. III, n. 126, p. 169-170).

permitiria ao réu obter a quantia apurada como devida³⁸, e que apenas em caso de procedência lhe seria dado levantar o montante depositado³⁹.

O fato, entretanto, é que, por força de expressa previsão legal (CPC/15, art. 545, § 2º), permite-se ao juiz, em caso de improcedência, ir além do julgamento das pretensões que formam o objeto do processo, prestando tutela jurisdicional em favor do réu equivalente à condenação do autor a lhe pagar a diferença entre o valor devido e aquele depositado.

É interessante, nessa linha, estabelecer um paralelo entre o que consta do art. 545, § 2º do CPC/15 e o regramento da ação de consignação de aluguel e acessórios da locação, disciplinada na Lei nº 8.245/91, em que se permite ao réu, além de contestar, a apresentação de reconvenção, a fim de que obtenha, dentre outros, a diferença do depósito inicial, caso alegue que esse não é integral (art. 67, VI).

Nesses casos, havendo previsão expressa de que, para obter a condenação do autor, deverá o réu deduzir pedido reconvenicional, fica afastado o caráter dúplice da demanda. E, sendo assim, não havendo norma excepcionando a regra da correlação, deve essa ser aplicada em sua inteireza.

Desse modo, na ação de consignação de aluguel e acessórios da locação, caso o réu alegue a insuficiência do depósito em sua contestação, mas não ofereça reconvenção, o máximo que poderá obter é uma sentença que reconheça a subsistência da obrigação. O juiz não poderá, portanto, ainda que efetivamente consiga apurar o valor devido, condenar o autor a seu pagamento; caso assim o faça, estará indo além dos limites objetivos da demanda⁴⁰.

Situação parecida à do procedimento de consignação previsto pelo Código de Processo Civil pode ser vista na ação revisional de aluguel, em que pode o réu, em sua contestação, oferecer contraproposta, que, caso acolhida, é capaz de levar à alteração do valor do aluguel em seu favor, com a condenação do autor ao pagamento das diferenças apuradas desde a citação (Lei nº 8.245/91, arts. 68, IV e 69). Aqui, à semelhança do que se vem dizendo, a expressa previsão de

³⁸ Era este o magistério de Antonio Carlos Marcato: “Em razão de sua própria natureza declaratória é que, em caso de improcedência, não pode ser o autor condenado ao pagamento daquilo que se reputou devido, exceto na ocorrência da reconvenção, dado que, nesta hipótese a sentença versa sobre a matéria objeto da reconvenicional” (*Ação de consignação em pagamento*, p. 109).

³⁹ “Na clássica ação de consignação em pagamento só se permitia o levantamento do bem pelo demandado (credor), quando superadas todas suas defesas e procedente a ação – ou seja, quando *vencido*. Vencedor o demandado-credor na ação de consignação em pagamento, ironicamente era fatal o levantamento do bem ou valor pelo devedor-consignante e ao ‘vencedor’ nada se atribuía senão o ônus de voltar a juízo, agora como autor em pleito de cobrança” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 273).

⁴⁰ Para a distinção, conferir, por todos: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*, p. 98.

exceção à regra da correlação é o que permite ao juiz ir além da simples improcedência e conceder tutela jurisdicional mais vantajosa em favor do demandado.

O mesmo ocorre, ainda, na ação renovatória de locação, em que pode ser determinada a renovação do contrato com base na contraproposta do réu, o que também leva à condenação do autor ao pagamento das diferenças apuradas desde a citação (Lei nº 8.245/91, art. 73). Trata-se, uma vez mais, de consequência favorável ao réu que apenas é possível em virtude de expressa previsão legal⁴¹.

Antes de concluir, é importante deixar claro que, nesses casos, não se deve entender, ao contrário do que sustenta parte da doutrina, que a defesa do réu tenha caráter reconvençional⁴², ou, então, que se trate de contestação necessariamente acompanhada de reconvenção⁴³. Nunca é demais lembrar que a reconvenção é, efetivamente, um pedido apresentado pelo réu em face do autor.

Nas hipóteses acima tratadas, porém, não nos parece que o réu efetivamente adote uma postura ativa e, com isso, deduza demanda em juízo. Ao alegar, por exemplo, a insuficiência do depósito, ou, então, apresentar o valor do aluguel que lhe pareça mais adequado, o réu não deixa de manifestar sua simples resistência à pretensão em face dele deduzida, como se dá, em geral, em sede de contestação⁴⁴. O que ocorre, porém, é que, nesses casos, a própria lei determina que, a depender do que ficar apurado em juízo, o objeto da decisão extrapole o objeto do processo, desviando-se, assim, da relação tendencial entre os conteúdos de cada um anunciada no início do capítulo.

5. CONCLUSÃO

Neste breve estudo, pudemos concluir que, ao menos para o direito brasileiro, a defesa do réu não tem o condão de ampliar o objeto do processo. Essa seria, sem dúvidas, uma opção legislativa legítima, que faria com que a rejeição dos pedidos iniciais produzisse efeitos de espectro mais largo que a simples rejeição das consequências jurídicas postuladas pelo autor. Ocorre que, justamente em razão dos efeitos que isso traria para os resultados do processo, é

⁴¹ Nessa linha, afirmando o caráter dúplice da ação renovatória: WATANABE, Kazuo. “Ação dúplice”, n. 4, p. 141.

⁴² É o que parece sustentar, por exemplo, Cassio Scarpinella Bueno em relação à ação de consignação em pagamento, ao afirmar que a alegação de insuficiência de depósito seria verdadeiro *pedido* deduzido pelo réu (*Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. II. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47-49).

⁴³ É o que sustenta Luiz Guilherme Bondioli, que fala na figura da contestação necessariamente acompanhada de reconvenção (*Reconvenção no processo civil*, p. 44-47).

⁴⁴ Com razão, nesse sentido, Heitor Sica, que também rechaça que o réu adote postura ativa na ação de consignação em pagamento, reconduzindo a situação, assim, à técnica “dos pedidos implícitos ou dos efeitos legais da sentença” (*O direito de defesa no processo civil...*, p. 181).

necessário que a ampliação do mérito da causa, sem a formulação de demanda própria pelo réu, seja resultado de expressa previsão legal.

É o que se dá, como visto, em algumas das chamadas ações dúplices, em que a improcedência concede ao réu tutela jurisdicional mais ampla que a simples rejeição dos efeitos postulados pelo autor. O caráter dúplice pode decorrer da própria relação material deduzida em juízo, cuja tutela final atingirá todos os sujeitos do processo de modo idêntico, independentemente de quem lhe tenha dado início, hipótese em que não há qualquer alteração nas noções de objeto do processo e de objeto do julgamento, como ocorre nas ações de divisão e de demarcação de terras particulares (CPC/15, arts. 946 a 981), na ação de apuração de haveres nos casos de dissolução parcial da sociedade (CPC/15, art. 599, II e III) e na ação de restauração de autos.

Há também que se atentar para as situações em que esse caráter dúplice é produto de expressas previsões legislativas que consagram exceções à regra da correlação entre demanda e tutela jurisdicional e, portanto, autorizam o juiz ir além da improcedência para conceder tutela jurisdicional mais benéfica em favor do demandado, como nos casos da ação de exigir contas (art. 552, CPC), da ação de desapropriação (art. 27, § 1º do DL nº 3365/41), da ação de consignação em pagamento (art. 545, § 2º, CPC), da ação revisional de aluguel (Lei nº 8.245/91, arts. 68, IV e 69) e da ação renovatória de locação (Lei nº 8.245/91, art. 73).

Do contrário, a pretexto de amplificar os efeitos a serem produzidos pelas sentenças de improcedência, estar-se-ia submetendo o autor a consequências jurídicas que por ele não são legitimamente esperadas. Restaria violada, assim, a garantia constitucional do contraditório, justamente o valor maior a ser protegido pelo direito de defesa.

6. BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Reconvenção”. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: s/ed, 1967.

BONDIOLI, Luís Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. I. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. II. São Paulo: Saraiva, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. In: *Revista de processo*, n. 126. São Paulo: RT, 2005.

CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*, t. I. Padova: CEDAM, 1985. p. 526-528.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. Trad.: J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

DIDIER Jr, Fredie. “Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015”. In: *Improcedência*. Coord.: Rinaldo Mouzalas [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2015.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- _____. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016.
- THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. II. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000.
- GARBAGNATI, Edoardo. “Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1976.
- HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: CEDAM, 1937.
- LACERDA, Galeno. “As defesas de direito material no novo Código de Processo Civil”. In: *Revista Forense Comemorativa – 100 anos*, t. 5. Coord.: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- _____. “Resposta do réu no Novo CPC: uma boa ideia inspirada nos Juizados Especiais Cíveis”. In: *Revista do advogado*, n. 127. São Paulo: AASP, 2015.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. São Paulo: RT, 1985.
- _____. *Procedimentos especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987.
- MENDES, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Contra-ataque do réu: indevida confusão entre as diferentes espécies (reconvenção, pedido contraposto e ação dúplice)”. In: *Revista dialética de direito processual*, vol. 9. São Paulo: Dialética, 2003.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2006.
- PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (dir. vig)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969.
- SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Da reconvenção no direito brasileiro*. 2ª tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1958.
- SICA, Heitor Vitor. *O direito de defesa no processo civil: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.
- _____. *Teoria geral do processo civil*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais*. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016.
- SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. II. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- VERDE, Giovanni. “Domanda (principio della)”. In: *Enciclopedia giuridica*, vol. XII. Roma: Treccani, 1989.
- WATANABE, Kazuo. “Ação dúplice”. In: *Revista de processo*. n. 31. São Paulo: RT, 1983.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*, vol. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. “Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de ‘ação dúplice’?”. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005.

AUTOCOMPOSIÇÃO PRÉ-PROCESSUAL COMO PRESSUPOSTO DA AÇÃO JUDICIAL

PRE-LITIGATION SETTLEMENT AS A PREREQUISITE FOR JUDICIAL ACTION

Luiz Gustavo do Amaral⁴⁵

RESUMO

O estudo tem como finalidade analisar os conflitos de interesses dentro do contexto do direito processual civil, mais especificamente no que concerne as tutelas de conciliação e mediação. Diante desse quadro, o uso da autocomposição pré-processual, como uma resposta para solução rápida e eficaz dos conflitos de interesses, torna-se indispensável. A presente pesquisa tem como proposta nuclear analisar o uso da conciliação e mediação na resolução dos conflitos, especialmente antes da propositura da ação judicial, seu contexto histórico no ordenamento pátrio, e condições para se tornar pressuposto de admissibilidade da ação judicial. Nessa pesquisa, que se desenvolverá com base em doutrina pátria e estrangeira, buscar-se-á discutir os fatores da crise que assolam a jurisdição estatal e seu instrumento, o qual é o processo, os seus obstáculos sociais e culturais de acesso ao judiciário, e a superação dos conflitos existentes de modo satisfatório. A proteção constitucional congrega não somente o acesso ao judiciário, mas também as formas como esses conflitos são solucionados no menor espaço de tempo, jamais deixando de lembrar a pacificação social em que o mesmo se encontra envolvido. Tem-se observado elevado número de questionamentos, especificamente no que concerne o binômio de efetividade e demora na prestação da tutela jurisdicional, desta forma o objetivo da pesquisa está calcado na busca de resposta a tutela jurisdicional, as quais sejam rápidas

⁴⁵ Mestre em direito pela Unipar. Professor da graduação.

eficazes e atingindo a pacificação social. A reflexão da pesquisa tem como um dos objetivos específicos analisar as causas e não os efeitos dessa crise como se observa a tendência da legislação brasileira e do próprio Poder Judiciário, a qual é a de resolver a crise numérica dos processos judiciais. Entende-se, desde logo, que o jurisdicionado busca uma resposta do Poder Judiciário, enquanto detentor da função jurisdicional, mas, por igual, uma resposta eficiente, por meio dessa tutela jurisdicional efetiva, tempestiva, adequada e apta para compor os conflitos de interesses colocados à sua apreciação. Precisa-se, portanto, repensar um Acesso à Justiça renovado, eficiente e que seja um tratamento apto pacificar a sociedade numa resposta eficiente e num prazo razoável para a solução do conflito que satisfaça os envolvidos. Deste modo, a autocomposição pré-processual apresenta-se como instrumento primordial, pois proporciona, além da celeridade almejada, a possibilidade das partes superarem de forma satisfatória o conflito através da negociação.

Palavras-chave: Meios alternativos de resolução de conflito; Pretensão resistida; Acesso à justiça; Comissões de Conciliação Prévia; Câmaras de Negociação.

ABSTRACT

The study aims to analyze conflicts of interest within the context of civil procedural law, specifically regarding conciliation and mediation. In this framework, the use of pre-litigation settlement, as a response for a quick and effective resolution of conflicts of interest, becomes indispensable. The present research proposes to analyze the use of conciliation and mediation in conflict resolution, especially before the filing of a judicial action, its historical context in the national legal system, and conditions to become a prerequisite for the admissibility of judicial action. This research, based on domestic and foreign doctrine, will discuss the factors of the crisis affecting state jurisdiction and its instrument, the legal process, as well as the social and cultural obstacles to accessing the judiciary, and overcoming existing conflicts satisfactorily. Constitutional protection encompasses not only access to the judiciary but also the ways in which these conflicts are resolved in the shortest possible time, always remembering the social pacification in which it is involved. There has been a high number of inquiries, specifically regarding the effectiveness and delay in providing judicial protection, thus the research objective is focused on seeking judicial protection responses that are rapid, effective, and achieve social pacification. The reflection of the research aims to analyze the causes, not the effects of this crisis, as observed in the tendency of Brazilian legislation and the Judiciary itself to resolve the numerical crisis of judicial processes. It is understood from the outset that litigants seek a response from the Judiciary as the holder of the jurisdictional function, but equally, an efficient response, through effective, timely, adequate

judicial protection, capable of resolving conflicts of interest placed for its consideration satisfactorily. Therefore, there is a need to rethink a renewed Access to Justice, efficient, and capable of pacifying society within an efficient response and within a reasonable time frame to resolve conflicts that satisfy the parties involved. Thus, pre-litigation settlement presents itself as a fundamental instrument, as it provides, in addition to the desired celerity, the possibility for parties to overcome the conflict satisfactorily through negotiation.

Keywords: Alternative dispute resolution methods; Contested claim; Access to justice; Pre-conciliation Commissions; Negotiation Chambers.

INTRODUÇÃO

Reconhecido como garantia fundamental, o acesso à justiça, desde o Séc. XIX, é matéria de constante estudo em qualquer ordenamento jurídico, especialmente após a conclusão do Projeto Florença, ocorrido na década de 1970, por Cappelletti e Garth, onde se reconheceu que a expressão vai muito além do que simples direito à propositura de uma ação perante do Poder Judiciário.

No Brasil, o direito ao acesso à justiça encontra-se respaldo desde a primeira Constituição do Império, que salvaguardava o direito de provocar o Estado em casos de necessidade, embora se exigia, por norma, a tentativa prévia de conciliação. Com o advento das novas Constituições, tal exigência foi dissipada, e o acesso à justiça ganhou uma nova concepção, por vezes mais preponderante, outros mais sutis, a depender do momento histórico vivido por nossa sociedade.

Através da Constituição Federal de 1988, o direito ao acesso à justiça foi consagrado como direito fundamental e, desde então, a sociedade brasileira vem exercendo esse direito de forma contundente, tal como acontece em outros países. O exercício deste direito fez surgir a cultura do litígio, causando ao Poder Judiciário, significativo problema, uma vez que o Estado não estava preparado para suportar tamanha procura.

Sobrecarregado devido ao considerável número de processos em curso, o Poder Judiciário se tornou lento para concluir as demandas, colocando em risco a exequibilidade de outros direitos fundamentais dispostos em nosso ordenamento.

Diante desta preocupante situação, os meios alternativos de resolução de conflitos, em especial conciliação e mediação, estão se tornando poderosos aliados, inclusive sendo adotado por alguns países como pressupostos para intentar uma demanda judicial.

No Brasil Império, a autocomposição era reconhecida como pressuposto da ação, porém, com o passar dos anos, esse meio de resolução de conflitos pas-

sou a ser empregado como mera faculdade por aqueles que se encontravam em litígio. Entretanto, a discussão sobre o emprego mais enfático da autocomposição contribuiu para implantação de iniciativas governamentais que fomentaram a aplicação dos meios alternativos para resolução do conflito.

Considerado um marco para a utilização dos meios alternativos, em especial o de autocomposição, a Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, emitida pelo Conselho Nacional de Justiça, teve por escopo adequar os conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, por meio dos instrumentos efetivos da mediação e conciliação, disseminando a cultura de pacificação social mediante uma gama significativa de inovações, merecendo destaque a desjudicialização.

O Código de Processo Civil de 2015 corroborou com a ideologia da importância da autocomposição, dispondo, em vários artigos, incentivos para se buscar a conciliação. Outras medidas foram tomadas pelo Estado, reforçando a ideia de desjudicialização com o passar dos anos, sendo que, em 26 de março de 2018, por meio do Provimento n.º 67 o Conselho Nacional de Justiça viabilizou a prestação facultativa dos procedimentos de mediação e conciliação perante os serviços notariais e de registro no Brasil, concedendo à população meios alternativos de acesso à justiça para resolverem seus conflitos de forma eficaz e num tempo mais adequado às necessidades dos conflitantes, haja vista que diferentemente dos fóruns, em todos os municípios e distritos há um cartório à disposição da sociedade.

Não obstante a nova concepção adotada no âmbito da Justiça Comum, torna-se imperioso destacar que o Poder Legislativo, após análise de estudo promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, entrou em vigor a Lei n.º 9.958/00, visando criar Comissões de Conciliação Prévias, no âmbito dos processos trabalhistas.

Esta Lei elevou a autocomposição a pressuposto da ação nas jurisdições onde havia tais comissões, se equiparando a vários outros países que, desde a década de 1990 já adotavam a conciliação ou mediação extrajudiciais como pressupostos da ação judicial, via de regra.

Vê-se, portanto, que o Brasil possui normas que, não apenas reconhecem a importância da autocomposição para a resolução dos conflitos, mas principalmente, viabilizam sua implementação perante a via extrajudicial como pressuposto da ação judicial, questões estas que denotam esta dissertação.

1. ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: PROJETO FLOREÇA OU BANCO MUNDIAL?

Reconhecido como um direito primordial, pois sem ele pereceriam os demais direitos, o acesso à justiça há tempos se tornou objeto de estudo dos ordenamentos jurídicos internacionais como também o brasileiro, onde, a partir de

1988 foi consagrado princípio constitucional, por meio do art. 5º, XXXV, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e, como tal, tornou-se um direito indisponível.

Entretanto, as interpretações dadas ao termo “acesso à justiça” até a década de 1970, eram da mais pura literalidade das palavras empregadas, situação esta modificada após os estudos realizados no Projeto Florença que, diante da magnitude das conclusões obtidas, tornou-se um marco teórico de qualquer investigação científica sobre o acesso à justiça. Os estudos promovidos por este projeto ocasionaram mudanças contundentes no ordenamento jurídico mundial, como bem assevera Mancuso (2015, p.01):

O célere e impactante evoluiu dos fatos sociopolítico-econômicos no último quartel do século passado, quadro que se acentuou desde os limiares do novo milênio, repercutiu fortemente no âmbito do Direito, o que bem se compreende, já que este é um produto cultural, sendo, pois, natural sua aderência aos acontecimentos emergentes ao interno da coletividade. Tal repercussão se deu assim no Direito Positivo como na práxis judiciária: no primeiro caso, pode ser lembrada a criação de categorias e institutos (novas formas de convivência social (vg., a união estável; as relações homoafetivas); no segundo caso, formou-se um novo ambiente processual, marcado pela tendência à sumarização dos procedimentos e pela busca da celeridade (não raro a qualquer preço), dando azo a institutos como a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, o procedimento monitorio, os julgamentos em bloco ou por amostragem, a projeção panprocessual da eficácia do direito sumular, dentre outras técnicas e expedientes.

Assim, diante dos desafios que surgiam com a evolução social, o Projeto Florença buscou compreender as razões da forte descrença nas instituições jurídicas, além das necessidades de tornar efetivo o direito de todos, uma vez que havia questões cujo acesso à justiça eram denegadas, tais como, direitos aos consumidores e meio ambiente (Cappelletti; Garth, 1988).

Os estudos resultaram na publicação de quatro volumes, destacando-se o último destes, chamado de Relatório Geral, por representar a conclusão de tudo o que se apurou ao longo dos anos, sendo divulgado no Brasil após a tradução feita por Ellen Gracie Northfleet, hoje Ministra aposentada do Supremo Tribunal Federal - STF, sob nome de Acesso à Justiça, momento em que este tema ganhou relevância em nosso ordenamento jurídico, sendo consagrado, de fato, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando foi considerado um direito fundamental.

Os resultados obtidos neste estudo modificaram a compreensão que se tinha do significado de “acesso à justiça”, pois demonstrou que o termo, além do reconhecimento literal da palavra, pois de fato, o acesso à justiça é o meio pelo qual o cidadão busca uma solução de seus problemas perante o Poder Judiciário, possui uma segunda compreensão, a qual retrata a preocupação com a qualidade

do serviço estatal ofertado, especialmente quanto aos altos custos exigidos para se demandar perante o Estado, a morosidade acerca da resposta jurisdicional, a complexidade dos atos praticados pelo judiciário, o distanciamento das decisões para com a realidade social vivida, dentre outros problemas enfrentados.

Essa nova interpretação alterou o paradigma que havia quanto à conceituação do termo acesso à justiça. Cappelletti e Garth (1988) na parte introdutória do Relatório Geral disciplinam que “A expressão ‘acesso à justiça’ (...) serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico (...). Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

Embora a relevância dos resultados obtidos, o que poucos sabem é que o Projeto Florença não contou com a participação de juristas brasileiros. Aliás, boa parte das adequações havidas no Poder Judiciário, visando uma justiça mais célere e benéfica à sociedade, foram em decorrência de recomendações feitas pelo Banco Mundial em 1996, através do Relatório Técnico n. 319 S.

Este documento relatou uma série de deficiências dos Poderes Judiciários dos países da América Latina e do Caribe, sugerindo-lhes adequações em suas estruturas com intuito de auxiliar os governos e os pesquisadores no desenvolvimento de programas para melhoria do serviço prestado à sociedade (Dakolias, 1996).

Dentre as principais recomendações estariam as reformas da administração dos tribunais, independência do poder Judiciário, treinamento de juízes, capacitação de pessoal e dos advogados, ampliação do acesso à justiça, reforma das leis processuais (Pelija Junior, 2011, p. 99). Nas palavras de Droppa e Oliveira (2011, p. 03/04):

A partir do diagnóstico de que o Poder Judiciário era incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, com garantia dos direitos individuais e de propriedade, concluiu-se que a reforma do Judiciário era necessária para, além de promover o desenvolvimento econômico, redefinir o papel do Estado e as suas relações com a sociedade. A reforma deveria abordar a administração das cortes de justiça, a independência do Poder Judiciário, o treinamento de juízes, a qualificação dos servidores e advogados, a criação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos (público e privado) e a ampliação do acesso à justiça.

Na concepção de Soares (2023, p.366):

O Poder Judiciário ideal seria aquele em que os magistrados aplicam e interpretam as leis de forma igualitária e eficiente, de maneira que haja previsibilidade no resultado dos processos, acessibilidade da população aos tribunais e

independentemente do nível econômico, tempo razoável de julgamento e emprego de recursos processuais adequados.

No Brasil, as recomendações feitas pelo Banco Mundial resultaram em significativas mudanças na estrutura do Poder Judiciário. Segundo Droppa e Oliveira (2011, p. 05):

(...) A onda de reformas dos sistemas legais e judiciais obedece às orientações de uma agenda internacional controlada por poucos países desenvolvidos economicamente por meio de instituições financeiras internacionais (Banco Mundial e o FMI) com vistas a integrar o Judiciário no sistema de governo dos países em desenvolvimento para as reformas de mercado.

O principal destaque desta reforma foi a elaboração e aprovação da Emenda Constitucional 45/2004, estabelecendo, dentre várias acepções jurídicas importantes, o reconhecimento da duração razoável do processo como garantia fundamental.

Houve ainda, a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pelo fortalecimento da administração da justiça através a aplicação de vias de acesso e simplificação dos procedimentos, e mecanismos de transparência e controle dos gastos nos tribunais. Nesse escopo, assevera Rocha (2012, p.107) que o CNJ ficou responsável também por coordenar e planejar a gestão do Poder Judiciário, além de definir estratégias para o alcance dos objetivos do Judiciário e solucionar problemas de curto, médio e longo prazo.

Neste contexto, assevera Monteschio, Séllos-Knoerr, Garcel e Souza Netto (2022, p. 612) que:

Dentro do processo de implantação de políticas públicas que busquem uma positivação e reconhecimento da terceira onda de acesso à Justiça, ou seja, das formas alternativas de solução de conflitos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem exercendo um papel extremamente importante para essa consolidação. Além disso, o CNJ vem contribuindo decisivamente para a construção de um ambiente de promoção dessas formas consensuais e alternativas de resolução de conflitos. Para tanto, registre-se, por meio da publicação da Resolução n.º 125 de 29 de novembro de 2010, regulamentou, pela primeira vez, a mediação e conciliação em âmbito brasileiro, instituindo a chamada “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses” no âmbito do Judiciário.

Aliás, dentre estas políticas públicas criadas pelo CNJ conforme recomendação do Banco Mundial por meio do seu documento 319 S, merece destaque a Resolução n.º 125 de 29 de novembro de 2010, por instituir a chamada Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, e regulamentar a mediação e conciliação.

Na concepção de Monteschio, Séllos-Knoerr, Garcel e Souza Netto (2022, p. 613) a Resolução n.º 125 do Conselho Nacional de Justiça possui uma importância impar ao ordenamento jurídico pátrio, pois deu “contornos mais adequados e céleres para a solução de conflitos, com claro intuito de fomentar, no sistema jurídico procedimental brasileiro, um novo olhar sobre a solução dos conflitos de interesses denominado de ‘sistema multiportas’ de resolução de conflitos”.

Desta forma, constata-se que embora de suma importância para a evolução do Direito, o impacto dos estudos realizados pelo Projeto Florença não teve não foi tão relevante quanto as recomendações feitas pelo Banco Mundial através do Relatório Técnico n. 319-S.

2. A AUTOCOMPOSIÇÃO PRÉ-PROCESSUAL COMO PRESSUPOSTO DA AÇÃO JUDICIAL NO BRASIL

2.1 A Constituição Federal de 1824

Embora considerada um marco na política de solução consensual de conflitos, outras normas precederam a Resolução n. 129/2010, no que tange a autocomposição através da conciliação, inclusive tratando-a como condição para ingresso no judiciário, conforme artigo 161 da Constituição de 1824.

Enquanto nos países europeus se consolidavam a implantação do sistema *laissez-faire*, como meio de direito ao acesso à justiça, as normas jurídicas no Brasil entre os séculos XVII e XVIII eram regidas pelas Ordenações Filipinas, regimentos, cartas régias, leis de caráter geral e alvarás com normas específicas, cujas quais não continham dispositivos que preconizassem acerca dos direitos ao acesso à justiça.

O quadro em questão não se alterou com a promulgação da primeira constituição brasileira outorgada após a decretação da independência, a Constituição de 1824, também conhecida como Constituição do Império. Segundo Coelho (2008, p. 56):

A Constituição do império do Brasil, outorgada por Pedro I, não representou uma ruptura em relação à ordem jurídica que a precedeu. Pelo contrário, significou a culminância de uma dominação política e econômica sustentada na escravidão dos negros, que se estendeu mesmo após a independência. Não se pode falar, a rigor, de um constitucionalismo imperial, mas apenas estabelecer a relação de continuidade entre uma fase que pode ser denominada pré-constitucional e a iniciada com a declaração de independência.

Seus dispositivos continham referências de garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, sendo responsável, segundo Coelho (2008,

p. 94) pela “tradição eloquente que permaneceu nos estatutos posteriores”, dispendo em seu último capítulo, preceitos legais que garantia a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

Insta salientar que mesmo estabelecendo direitos individuais e políticos dos indivíduos ao longo de cento e setenta e dois artigos e sete capítulos, em apenas sete artigos preconizavam acerca das garantias e dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. Ou seja, seu principal escopo era estabelecer a divisão política e administrativa do império.

Todavia, mesmo com a promulgação da primeira constituição, as matérias referentes ao direito civil tratadas pelas Ordenações Filipinas mantiveram-se até o advento do Código Civil de 1916. Assim, em matéria de acesso à justiça, a orientação era para a necessidade ou a conveniência de auto, ou heterocomposição dos conflitos, nos termos do livro 3º, t. 20 § 1º das Ordenações Filipinas, bem como art. 161 da Constituição de 1824.

2.2 Comissões de conciliação prévia no direito processual do trabalho

Dentre os princípios basilares do Direito Processual do Trabalho, destaca-se o princípio da conciliação, tanto que, o artigo 764 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT estabelece que tanto os dissídios individuais como os coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

Os esforços e persuasão praticados pelos magistrados em busca de uma solução conciliatória são constantes, não por acaso que nas audiências trabalhistas se negocia tanto, podendo o acordo ser realizado a qualquer tempo, inclusive após a decisão. Em 2022, a Semana Nacional da Conciliação Trabalhista homologou 21.167 acordos, sendo atendidas 219.566 pessoas e realizadas 65.035 audiências, ao longo dos cinco dias (CNJ, 2023, p. internet).

Nesse ponto, torna-se imperioso destacar que a legislação processual trabalhista sempre esteve na vanguarda da busca pela solução consensual da resolução dos conflitos. Corroborando este pensamento, o fato do legislador, em 12 de janeiro de 2000, promulgar a Lei 9.958, a qual dispôs sobre a criação das Comissões de Conciliação Prévia - CCP, e permitindo que os acordos estabelecidos nestas comissões fossem passíveis de execução na Justiça do Trabalho, face a sua natureza de título executivo extrajudicial.

Esta Lei acrescentou à CLT nove novos artigos (arts. 625-A a 625-H e art. 877-A), e alterou a redação do art. 876, como forma de viabilizar a implantação da obrigatoriedade da autocomposição antes de se propor ação perante à Justiça do Trabalho, claramente estabelecido no art. 625-D, ao dispor que qualquer demanda de natureza trabalhista deveria ser necessariamente submetida a uma

comissão de conciliação prévia em caso de sua existência na localidade da prestação de serviços.

Corroborando a tese da obrigatoriedade, o disposto no § 2º do art. 625-D que estabelece “Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista”. Acerca desta condição, considera Garcia (2018, p. 771) que:

De qualquer modo, também é possível o entendimento de que a passagem pela Comissão de Conciliação Prévia integra mais propriamente as condições da ação, e não os pressupostos processuais. Dentro deste enfoque, pode-se entender que se trata de condição da ação específica, ou de aspecto já incluído nas tradicionais condições da ação.

Ainda que se entenda trata-se de condição da ação trabalhista, pode-se dizer que a passagem pela Comissão de Conciliação Prévia não é uma modalidade diversa daquelas condições já previstas na legislação processual, mas, na verdade, integra o próprio interesse processual.

Embora controversa à época da sua promulgação, o Tribunal Superior do Trabalho, em diversos julgados, se posicionou defendendo a tese da obrigatoriedade prevista no texto normativo, à submissão de qualquer conflito individual trabalhista antes do ajuizamento da ação, desde que, na localidade existisse uma Comissão formada.

No entanto, em 2018, o Supremo Tribunal Federal - STF, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 2139, 2160 e 2237, ajuizadas pelos partidos políticos PCdoB, PSB, PT e PDT, também pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio - CNTC e Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL, respectivamente, entendeu que os preceitos entabulados acerca da obrigatoriedade prévia da tentativa de acordo perante às Comissões como pressuposto para ajuizamento da ação contrariava o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, muito embora tenham se manifestado pela constitucionalidade dos termos da Lei em análise, o Congresso Nacional e o então chefe do Poder Executivo, especialmente ao que se refere a obrigatoriedade da submissão antes do ajuizamento da ação.

Segundo a Ministra Relatora Carmen Lúcia “O art. 625-D e respectivos parágrafos, introduzidos na Consolidação das Leis do Trabalho pelo art. 1º da Lei n. 9.958/2000, devem ser reconhecidos como subsistema administrativo apto a buscar a pacificação social, cuja utilização deve ser apoiada, estimulada e atualizada, não consubstanciando, todavia, requisito essencial para o ajuizamento de reclamações trabalhistas” (p. 12).

Mesmo se posicionando a favor dos fundamentos da Ministra Relatora, o Ministro Luiz Fux ponderou que:

(...) não se pode analisar a questão sem sua devida contextualização. Por conseguinte, cumpre ressaltar que o projeto que deu origem às referidas Leis 9.957/2000 e 9.958/2000 deriva de proposta originária do próprio Tribunal Superior do Trabalho, órgão maior da Justiça do Trabalho. O Poder Executivo, representado pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, apenas adotou tais sugestões e remeteu ao Congresso tal anteprojeto formulado pelo TST (Mensagem 952, de 6 de agosto de 1998).

O objetivo central do projeto de lei era o de desafogar a Justiça do Trabalho, que se encontrava e ainda se encontra congestionada com inúmeras demandas. Ele se baseou em experiências prévias bem-sucedidas das organizações sindicais, que passaram a instituir núcleos ou comissões de conciliação extrajudicial, mediante acordos e convenções coletivas, para solução de impasses resultantes da relação capital-trabalho.

Ora, como poderia o próprio Tribunal Superior do Trabalho sugerir projeto de lei que fosse lesivo aos trabalhadores?

Mais do que isso, no âmbito internacional, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), organismo reconhecidamente atuante em defesa dos trabalhadores, “tem enfatizado a conveniência da adoção, por lei ou convenções coletivas, de procedimentos prévios de conciliação dos litígios individuais do trabalho”. (SUSSEKIND, Arnaldo. *Tribunais do Trabalho no Direito Comparado e no Brasil*. Revista do TST, Brasília, vol. 65, nº1, out/dez 1999, p. 118). (p. 30/31)

Contudo, para sustentar sua fundamentação a favor da facultatividade, ressaltou eminente Ministro que:

Nada obstante, para que tal dispositivo esteja em consonância com o mandamento constitucional exposto pelo artigo 5º XXXV, da CF, é preciso interpretá-lo assentando-se que a Comissão de Conciliação Prévia constitui meio legítimo, mas não obrigatório, de solução de conflitos, permanecendo, assim, o acesso à Justiça resguardado para todos os que venham a ajuizar demanda diretamente ao órgão judiciário competente. (FUX, p. 39).

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, acompanhando a Relatora, apontou que a Constituição Federal “previu de forma exaustiva, as situações jurídicas em que se tem, como obrigatória, a observância da forma administrativa. Fê-lo no artigo 114, § 2º, relativamente ao dissídio coletivo de natureza econômica” (p. 71).

Antes, porém, da decisão final, houve um caloroso embate quando da análise da cautelar pleiteada (2009). À época, o Ministro Cezar Peluso, último a

se pronunciar sobre a matéria, enfatizou que a decisão tomada pela Corte em reconhecer como facultativo disposto do art. 625-D estava na “contramão da história”. Asseverou o então Ministro que “com o devido respeito, a postura da Corte, restringindo a possibilidade da tentativa obrigatória de conciliação, está na contramão da história, porque em vários outros países hoje há obrigatoriedade do recurso às chamadas vias alternativas de resolução de conflitos, até porque o Poder Judiciário não tem dado conta suficiente da carga de processos” (STF, p. internet).

Finalizou ponderando que a regra da CLT representa “simplesmente uma tentativa preliminar de conciliar e de resolver pacificamente o conflito, com a vantagem de uma solução não ser imposta autoritariamente”. “As soluções consensuais são, em todas as medidas, as melhores do ponto de vista social”.

Apesar das argumentações apresentadas pelos demais Ministros, é relevante ressaltar que assistia razão o Ministro Peluso ao destacar que a decisão da Corte estava na contramão da história, haja vista que, no ano seguinte, a Corte de Justiça da União Europeia considerou que “os direitos fundamentais não constituem prerrogativas ilimitadas e podem ser restringidos” ao validar a obrigatoriedade da autocomposição prévia.

2.3 A negociação extrajudicial perante a Administração Pública

As prerrogativas da autocomposição não são exclusividades apenas dos particulares. Há tempos o legislador consagrou à Administração Pública a possibilidade de realizar mediações.

A Administração Pública Federal conta, desde 2007, com a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF. Essas câmaras integram a Consultoria-Geral da União, órgão de direção superior da Advocacia-Geral da União, e tem a missão institucional de atuar, por de meio de autocomposição, na busca da prevenção e solução consensual de conflitos que envolvam órgãos da administração pública federal, autarquias ou fundações federais. A CCAF é representada nos Estados pelas Câmaras Locais de Conciliação - CLCs (AGU, 2023, p. de internet).

Orientada pelos termos da autocomposição, a CCAF auxilia utilizando-se técnicas de negociação e mediação, as tomadas de decisões pelas partes envolvidas, prestigiando sempre o princípio da oralidade e informalidade. Aliás, deve-se ressaltar que mesmo quando a Fazenda Pública esteja envolvida, a confidencialidade deve ser respeitada (art. 30 da Lei 13.140/2015). Neste sentido, esclarece Cunha (2020, p.160):

Há uma preocupação em compatibilizar a exigência de confidencialidade com o princípio da publicidade, inerente à atividade administrativa (CF, art. 37) e aplicável ao processo judicial. Por isso mesmo, não falta quem defenda a aplicação

do § 3º do art. 1º da Lei 9.307, de 1996, à mediação ou conciliação com o Poder Público, afirmando que não deve haver confidencialidade, a não ser nos casos em que a Lei 12.527, de 2011 (Lei do Acesso à Informação), estabelece o dever de sigilo (...).

Sobre a importância do caráter da confidencialidade, imposição legislativa de segurança das tratativas que envolvem os interessados, arremata o referido autor nos seguintes termos:

O que é confidencial não é o processo no qual se realiza(m) a(s) sessão(ões) de mediação ou de conciliação. É preciso que se divulguem sua existência e os atos nele praticados. O conteúdo das sessões de mediação ou de conciliação que é sigiloso. E deve ser mesmo; para que viabilize a autocomposição, as partes precisam ter a garantia de que tudo o que disserem não poderá servir para a defesa da parte contrária. O princípio da publicidade não tem a amplitude que fundamenta a destacada preocupação. Fosse assim, todas as reuniões realizadas por autoridades públicas deveriam ser públicas, devendo toda conversa, negociação, diálogo ser divulgado e publicizado.

O conteúdo das sessões de mediação e conciliação é sigiloso, mas o resultado e a motivação da Administração Pública são públicos e devem ser divulgados (CUNHA, 2020, p.160):

Outro importante aspecto da mediação envolvendo a Fazenda Pública é em casos de celebração de acordo entre o Poder Público e particular, pois nestes casos o acordo em questão constituir-se-á título executivo extrajudicial, sendo passível a propositura de uma ação de execução em casos de descumprimento (Lei 13.140/2015, art. 32, §3º).

Segundo a Advocacia-Geral da União (AGU, 2023, p. de internet), os atos normativos que fundamentam a CCAF, seriam a Lei 9.469/1997 que dispõe sobre a autorização para a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais; Portaria nº 1.281/2007, que dispõe sobre a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal; Portaria 1.099/2008 que dispõe sobre a conciliação entre a Administração Pública Federal e Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal; Lei 13.140/2015 que dispõe sobre a mediação e autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; Decreto 10.201/2020 que fixa valores de alçada para a autorização de acordos ou transações celebradas por pessoa jurídica de direito público federal e por empresas federais.

Com o advento do CPC/2015 a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios passaram a ter autonomia para criarem câmaras de mediação e conciliação, também com atribuições voltadas à solução consensual de conflito ad-

ministrativos em suas respectivas esferas, competindo, a cada uma delas, especificar quais casos podem ser submetidos à autocomposição.

A participação do Ente Público é facultativa, entretanto, uma vez convidado a participar deve justificar os motivos de eventual recusa a este convite, nos termos do enunciado 95 do Fórum Nacional do Poder Público, o qual disciplina que “Em atenção ao princípio da eficiência administrativa, ao recusar o convite para participar de processo conciliatório, o ente público deverá declinar os motivos pelos quais o faz”.

As reuniões podem ocorrer tanto presencialmente como por meio de videoconferências, com perspectivas de duração do procedimento entre 1 e dois meses.

Cumprе mencionar que a Lei nº 13.140/2015, conhecida como Lei da Mediação não fomenta apenas a autocomposição da Administração Pública. A preocupação em estimular a solução de conflitos entre particulares na esfera extrajudicial também encontra-se regulamentada nesta importante lei.

2.4 Provimento n.º 67 de 2018 do Conselho Nacional de Justiça

Em 26 de março de 2018, o Conselho Nacional de Justiça, buscando manejar as diretrizes constantes na Resolução n. 125/2010, editou o Provimento n. 67 que dispõe sobre a prestação facultativa dos procedimentos de mediação e conciliação perante os serviços notariais e de registro no Brasil.

O intuito era desafogar o Poder Judiciário, concedendo à população meios alternativos de acesso à justiça para resolverem seus conflitos de forma eficaz e num tempo mais adequado às necessidades dos conflitantes, especialmente pelo fato de que “Ao contrário dos Fóruns, em todo município há pelo menos uma serventia extrajudicial instalada, concedendo à população real acesso à justiça e meio para resolução de seus conflitos” (Monteschio, Amaral; Priori, 2023, p. 36).

Para Fraga (2023, p.09):

O exercício da atividade notarial e registral, comumente realizada na sede das Serventias Extrajudiciais ou Cartórios Extrajudiciais, são apontados como serviços de relevante função social, posto que viabiliza e garante segurança, eficácia, autenticidade e publicidade aos atos e negócios jurídicos formalizados entre as partes, de acordo com o artigo 1º, da Lei n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre serviços notariais e de registro, a denominada Lei dos Cartórios.

Cumprе ressaltar que este provimento apenas faculta às serventias a disponibilização deste serviço à comunidade. Consideram Monteschio, Amaral e Priori (2023) que uma vez implantado:

Semelhante ao que ocorre com os mediadores judiciais, as serventias extrajudiciais devem, de acordo com os arts. 4º e 5º, indicar até cinco escreventes da respectiva serventia, desde que estejam cadastrados junto ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal – Nupemec, permitindo, assim, uma certa ingerência pelos Tribunais através da Corregedoria-Geral de Justiça e pelo juiz coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusc; tal como ocorre nas mediações judiciais” (Monteschio, Amaral; Priori, 2023, p. 40).

Neste contexto, comentam Lomazini e Rodrigues (2022, p.05) que:

(..) diante da notória crise do Poder Judiciário e da dificuldade ao seu acesso, precipuamente pelas pessoas menos favorecidas economicamente, as serventias extrajudiciais mostram-se como um importante instrumento de acesso à justiça, não apenas em razão de sua capilaridade, haja vista que estão espalhadas por todo o território nacional, como também pela formação jurídica de seus titulares e por seu procedimento mais simplificado. Hodiernamente muitos conflitos já são prevenidos ou resolvidos nas serventias extrajudiciais, tais como o inventário, separação, divórcio, usucapião extrajudiciais, dentre outros.

Aos escreventes habilitados para atuarem como conciliadores ou mediadores, exige-se, além da conclusão do curso de mediação, a realização de cursos de aperfeiçoamento a cada dois anos.

Segundo Monteschio, Amaral e Priori (2023, p. 40):

Tais exigências, aliás, permitiu, que os Tribunais (por meio da Recomendação n.º 28 de 17 de agosto de 2018 do Conselho Nacional de Justiça) celebrassem convênios com as serventias extrajudiciais, a fim de possibilitar o credenciamento destas como CEJUSCS, e, conseqüentemente, poderem realizar a mediação judicial prevista no art. 334 do CPC, mesmo que em suas respectivas dependências, ou seja, fora das instalações físicas do fórum.

Preceitua o art. 12 deste provimento que “os direitos disponíveis e os indisponíveis que admitam transação poderão ser objeto de conciliação e de mediação, o qual poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele” (BRASIL, 2018). Todavia, acerca dos direitos indisponíveis que admitem transação exige-se posterior homologação judicial, conforme previsão legal dos artigos 725, inciso VIII, do Código de Processo Civil e do artigo 3º, § 2º, da Lei n.º 13.140/2015.

O legislador, contudo, impôs limites quanto à atuação das serventias, conforme art. 42 da Lei n.º 13.140/2015, e art. 13 do Provimento 67/2018. Acerca destas limitações, comentam Lomazini e Rodrigues (2022, p.05) que:

Tais dispositivos normativos estabelecem uma limitação temática para o exercício da mediação e conciliação nos serviços notariais e de registro ao determinar que as matérias passíveis de mediação e conciliação pelos notários e registra-

dores restrinjam-se às competências decorrentes da delegação que exercem. Ou seja, diante de referida limitação temática, os registradores de imóveis, por exemplo, só poderão realizar mediação e conciliação no que diz respeito às matérias atreladas ao registro de imóveis; os tabeliães de protestos, apenas nas matérias atinentes a este ofício e assim por diante.

Os serviços estão disponíveis a toda pessoa natural absolutamente capaz, bem como pessoas jurídicas ou ente despersonalizados que a lei confere capacidade postulatória (art. 10) . As regras gerais e princípios são os mesmos que versam sobre conciliação e mediação na Lei 13.140/2015 e CPC.

Restando frutífera a conciliação ou mediação, o serventuário lavrará termo expondo as condições estabelecidas pelas partes. Conforme disposto no parágrafo único do art. 22 deste provimento, “Será fornecida via do termo de conciliação ou de mediação a cada uma das partes presentes à sessão, que será considerado documento público com força de título executivo extrajudicial, nos termos do art. 784, IV, do CPC”.

2.5 Projeto de Lei nº 533/2019 e a repercussão no meio jurídico

Poucos meses após o STF ter decidido que a autocomposição por meio da Comissão de Conciliação Prévia seria uma faculdade das partes, e não um condição da ação judicial, o Deputado Júlio Delgado (PSB-MG) apresentou o Projeto de Lei n.º 533/2019 almejando a incorporação na legislação processual do conceito de pretensão resistida, de modo que fique comprovado que houve uma tentativa de solução do conflito antes da sua judicialização no âmbito do direito consumerista.

A proposta constante no projeto de lei é acrescentar um parágrafo único ao artigo 17, e um parágrafo 3º ao artigo 491, ambos do Código de Processo Civil. Consoante o texto sugerido, a autocomposição poderia ocorrer, além das formas tradicionais, também por meio de Serviços de Atendimento ao Consumidor-SAC; Ouvidorias; site do governo “consumidor.gov.br”; e os Procons.

A fundamentação de tal proposta estaria alicerçada no considerável número de processos em trâmite face à cultura do litígio estabelecida em nossa sociedade. O Relator do Projeto Deputado Vinicius Carvalho (Republicanos-SP), não apenas se mostrou favorável à ideia como também apresentou um substitutivo, propondo o acréscimo dos parágrafos 1º e 2º ao artigo 17 do Código de Processo Civil.

O Projeto encontra-se ainda em tramitação na Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, porém é fruto de muito debate. Para Rocha Chiuzele et al. (2024, p.52) “O Judiciário assoberbado é reflexo de uma sociedade que desrespeita as leis em massa, não de uma alta litigiosidade indi-

vidual. Dificultar o acesso ao Judiciário, portanto, só faz a essa balança ficar mais desigual”.

Comentam ainda os autores que:

(...) o volume de demandas judiciais não reflete uma preferência do brasileiro pela justiça, mas sim uma realidade no qual o consumidor vivencia com muita frequência uma ampla gama de problemas consumeristas sem que para tanto procure formas de solução judicial, cabendo a discussão de medidas para endereçar esses problemas, e não para restringir um acesso à justiça que já não é simples, muito menos distributivo (Rocha Chiuzuli, et al., 2024 p. 55).

Por fim, concluem que:

(...) se aprovado o PL 533/2019 terá como consequência uma acentuação da desigualdade de acesso à justiça e uma elitização da justiça, não representando qualquer filtro para os cidadãos de maior renda e escolaridade, porém impondo óbices consideráveis àqueles para quem a justiça já é de difícil alcance (Rocha Chiuzuli, et al., 2024 p. 55).

Todavia, não podemos olvidar que este Projeto encontra-se em conformidade com o que vem sendo aplicado em outros países, há considerável tempo. Inclusive em nosso próprio ordenamento (CLT, art. 625-D) buscou-se reconhecer a tentativa de autocomposição via extrajudicial como pressuposto da ação judicial, o que, neste caso, reflete a preocupação do poder legiferante ao anseio por um acesso à justiça mais adequado às necessidades tanto sociais como do próprio Poder Judiciário.

3. CONCLUSÃO

A preocupação e os estudos sobre o direito ao acesso à justiça, iniciada na década de 1970 continuam de forma concisa atualmente. Um acesso à justiça que não traduz uma efetividade na salvaguarda do direito daqueles que a buscam, não pode ser tratada como tal, isto porque, a interpretação que o ordenamento jurídico, tanto pátrio, como internacional, adota ao termo “acesso à justiça” vai muito além do que o mero ajuizamento de uma demanda perante o Poder Judiciário.

A garantia fundamental entabulada no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 prevê que o Estado disponibilize a sociedade os meios adequados para que possam salvaguardar seus direitos num curto espaço de tempo, face aos anseios que assolam um conflito.

As adequações realizadas no Poder Judiciário após a recomendação feita pelo Banco Mundial, por meio do Relatório Técnico n.º 319-S, não foram suficientes para conter a cultura do litígio alavancada após a promulgação da

Constituição Federal de 1988, embora tenham sido de grande valia ao fomento da solução de conflitos através da autocomposição.

Cumprir destacar que, a autocomposição como pré-requisito da ação judicial revela-se uma das mais importantes ferramentas para, não apenas reverter os efeitos nocivos que a cultura do litígio está causando, mas também, ampliar o acesso à justiça, considerando que à disposição da sociedade para realização de tais serviços, estariam os tabelionatos extrajudicial, conforme Provimento n.º 67/2018 do CNJ.

Os estudos realizados pelo Tribunal Superior do Trabalho que culminaram no artigo 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho, demonstram a viabilidade de se exigir a autocomposição pré-processual como requisito da ação judicial.

Este pressuposto da ação judicial aliás, não seria uma novidade em nosso ordenamento, uma vez que a Constituição Federal de 1.824, reconhecia esta obrigatoriedade.

Os Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs, criados para promover a busca pela solução de conflitos durante o curso do processo, ou até mesmo as normas que permitem a instalação de tribunais particulares para mediar os conflitos, ou até mesmo, que as serventias extrajudiciais possam oferecer serviços de conciliação e mediação, evidenciam a preocupação e o anseio que o Estado tem para encontrar um meio que possa, de fato, reverter a lentidão processual.

Todavia, essas alternativas são meios facultativos à vontade das partes, diferentemente de outros países que adotam a autocomposição na via extrajudicial como pressuposto para demandar perante o Poder Judiciário. Essa obrigatoriedade já foi consagrada em nosso ordenamento, seja perante a primeira Constituição, seja mais recentemente através da Lei 9.958/2000 que criou as Comissões de Conciliação Prévia e estabeleceu a obrigatoriedade de levar o conflito até estas antes de se propor uma ação trabalhista.

Essa norma, aliada a Resolução n.º 125/210 e Provimento n.º 67/2018, além da Lei 13.140/2015 demonstram a viabilidade para implantar a autocomposição como pressuposto da ação em nosso ordenamento jurídico. É certo que tal exigência não resultará na completa solução todos os males judiciários, mas proporcionará uma reestruturação ao acesso à prestação jurisdicional, visando uma resolução mais célere e eficaz por meio de uma cultura pacifista.

Entretanto, esse não é o pensamento do Supremo Tribunal Federal, e de muitos juristas que adotam a tese de que uma norma que confira à autocomposição extrajudicial uma condição de pressuposto para ação judicial seria uma verdadeira afronta ao direito ao acesso à justiça. Resta saber até quando essa ideia de utilização facultativa da autocomposição vigorará, diante do aceite da sociedade por uma justiça mais eficaz, e principalmente, porque outros orde-

namentos vêm obtendo boas respostas por adotarem a obrigatoriedade pré-processual da autocomposição.

4. REFERÊNCIAS

BANCO MUNDIAL. Documento Técnico número 319. Disponível em: https://www.sitraemg.org.br/post_type_artigo/conheca-o-documento-319-do-banco-mundial/. Acesso em: 12 de fev. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 67, de 26 de março de 2018. Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/provimento-67-cnj-cartorios-mediacao.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffaaa2655.pdf>. Acesso em: 10 abri. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 mai. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ, 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 03 fev. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 mai. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 21 mai. 2024.

BRASIL. Projeto de Lei 533, de 06 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoes-Web/fichadetramitacao?idProposicao=2191394>. Acesso em: 21 mai. 2022.

CAPPELLETTI, Mario. GARTH, Bryant. O Acesso à Justiça. Tradução de rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

COELHO, Luiz Fernando. Direito constitucional e filosofia da constituição. 1ª ed, 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Justiças múltiplas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/64245953/Artigo_publicado_na_Revista_da_ANNEP-libre.pdf?1598107138=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DJustica_multiportas_mediacao_conciliacao.pdf&Expires=1704813478&Signature=BCuql6iKaA1ztyhacZPbaBG~E8HeOe948zi~HnsokBN3KNCgNVBv0oNz8ofrNYmIL3f0jLkhQa8SAXuTBd4A3IzMxHxS4MBvCly-MR0KZJQ~JbAQFaXgwTEQw3dD-W44vS05E4YwnUDnaxsL-NefwB10brsV7hfkSqZHp-zapENcfVAnIV-Ap1bHWcXlJHbrXUIMFs5glcTp4-tq-coYqSEKQr9dubLdK7sK-agBmWm7H67qSJYU~XDUuHe0q8V5aPTTr40oTW3zAF6qqzOZMiBklCAFL6wk-4mNiYi0WpN5cAGJ36q7170~AWIM2UueZ3xLe1T6WGu86d1p~H1szw__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5FGGSLRBV4ZA. Acesso em: 08 jan. 2024.

DAKOLIAS, Maria. El sector judicial em América Latina: elementos da reforma. World Bank Technical Paper, Washington, D. C., n. 319, June, 1996.

DROPPA, Alisson; OLIVEIRA, Walter. Poder judiciário e desenvolvimento: aspectos históricos e políticos do funcionamento do Conselho Nacional de Justiça no Brasil. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo2.pdf>. Acesso em: 12 de fev. 2024.

FRAGA, Fellipe Vilas Bôas. Análise dos procedimentos de conciliação e de mediação no âmbito da atividade notarial e registral: perspectivas sobre a efetividade do provimento nº 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça-CNJ. Disponível em: <http://rdn.cnps.org.br/index.php/direitonotarial/article/view/92/76>. Acesso em: 11 jan. 2024

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. CLT comentada. 3 ed. rev., atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

LOMAZINI, Ana Elisa do Valle Mesquita; RODRIGUES, Leonel Cezar. Mediação e conciliação nas serventias extrajudiciais como forma de ampliação do acesso à justiça. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/389/222>. Acesso em 11 jan. 2024.

MANCUSO, Adolfo de Camargo. Acesso à justiça [livro eletrônico]: condicionantes legítimas e ilegítimas. 1ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais 2015.

MONTESCHIO, Horácio; AMARAL, Luiz Gustavo do; PRIORI, Lucas Leonardi. A concreta eficácia do provimento n.º 67/2018 Conselho Nacional de Justiça e o acesso à justiça. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/4k6wgq8v/4u60acw2/6znMEzjYoEYo00gA.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2024.

MONTESCHIO, Horácio; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de; GARCEL, Adriana; SOUZA NETTO, José Laurindo de. O sistema multiportas de resolução de conflitos e os serviços notariais: uma análise sobre sua aplicação aos tabelionatos de protestos. Disponível em: <https://www.aconjurpr.com.br/wp-content/uploads/2022/08/DIREITO-E-DEMOCRACIA-ESTUDOS.pdf>. Acesso em 12 de fev. 2024.

PELEJA JUNIOR, Antônio Veloso. Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira. Curitiba: Juruá, 2011.

ROCHA CHIUZULI, D.; DE ARAÚJO ASPERTI, M. C.; TONOLLI CHIAVONE DELCHIARO, M.; HENRIQUES DA COSTA, S. Quem paga a conta do congestionamento do judiciário brasileiro? Desafiando as premissas do PL n.º 533/2019 sobre o acesso à justiça no Brasil. Civil. Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/263>. Acesso em: 12 jan. 2024

SOARES, Mirelle Fernandes. Judiciário Brasileiro sob os influxos do Banco Mundial. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/7183>. Acesso em 12 de fev. 2024.

REPERCUSSÃO GERAL – INSTRUMENTO DE REAFIRMAÇÃO DA EXCEPCIONALIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Matheus Henrique de Freitas Urgniani¹

RESUMO: O processo é essencial para garantir a justiça aos cidadãos, exigindo procedimentos claros para assegurar estabilidade em sua busca. No contexto brasileiro, o Supremo Tribunal Federal é responsável por julgar casos que envolvem a Constituição Federal, por meio do Recurso Extraordinário. A criação de mecanismos como a repercussão geral reforça esse papel, exigindo que as partes demonstrem sua relevância para acessar a corte suprema. Diante disso, é crucial investigar detalhes concretos desse instrumento para evitar seu uso meramente subjetivo, priorizando uma abordagem legalmente objetiva. Assim, este texto busca destacar a importância da excepcionalidade do Recurso Extraordinário, bem como o mecanismo da repercussão geral para efetivar esse adjetivo do recurso.

PALAVRAS-CHAVE: Processo; justiça; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The process is essential to guarantee justice to citizens, requiring clear procedures to ensure stability in its pursuit. In the Brazilian context, the Federal Supreme Court is responsible for judging cases involving the Federal Constitution, through the Extraordinary Appeal. The creation of mechanisms such as general repercussion reinforces this role, requiring parties to demonstrate their relevance to access the supreme court. Given this, it is crucial to investigate concrete details of this instrument to avoid its merely subjective use,

¹ Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Unipar; Pós-Graduado em Perícia Criminal e Judicial pela Gran Faculdade; Procurador Jurídico da Câmara Municipal de Xambê-PR; Advogado e membro da diversas Comissões da OAB/PR. E-mail: henrique_dfreitas@hotmail.com.

prioritizing a legally objective approach. Thus, this text seeks to highlight the importance of the exceptional nature of the Extraordinary Appeal, as well as the general repercussion mechanism to implement this adjective of the appeal.

KEY WORDS: Specifics; Area; Superior Courts; sphere and institute.

I. INTRODUÇÃO

O processo é um instrumento de efetivar a justiça aos jurisdicionados, por isso, resta necessário haver procedimentos claros, a fim de que os jurisdicionados consigam alcançá-la de maneira estável.

Neste viés, sedimentou que, o Supremo Tribunal Federal cabe julgar matérias envolvendo ofensa a Constituição Federal, cabendo a parte usar do instrumento excepcional denominado Recurso Extraordinário.

Em razão da excepcionalidade, se viu a criação de mecanismos para reafirmar esse escopo, como o instituto da repercussão geral, o qual, cabe a parte demonstrar quando quiser alcançar a corte suprema.

Por isso, notou-se ser necessário, por meio de uma revisão bibliográfica, investigar a nuances concretas desse instrumento que reafirma a necessidade desse recurso não ser interposto com objetivo meramente subjetivista, mas que detenha uma objetividade legal.

Portanto, o objetivo deste texto é demonstrar a importância e a necessidade desse mecanismo para fins de reafirmar a função do Recurso Extraordinário.

II. EXCEPCIONALIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Ao analisar a excepcionalidade do recurso extraordinário, “se destinam, não a recomposição do justo, mas à preservação da ordem jurídica constitucional e federal” (CARRAZARA, 1993. p.4), por isso, é possível observar que, embora seja recurso considerado excepcional, ele reitera a regra geral de possibilitar a revisão da causa decidida.

Isso se deve ao fato de que, ao examinar o ordenamento jurídico como um todo, percebe-se que as normas, em sentido amplo, estão em harmonia entre si, porque “o sistema é autorregulável no tocante à gênese, manutenção e convivência das próprias normas” (ROSA, 2016, p.16). Assim, é ineficaz estudar um dispositivo ou princípio de forma isolada, pois é necessário compreender sua relação e interação com os demais elementos do sistema jurídico. Essa abordagem integrada e contextualizada é fundamental para uma compreensão mais completa e precisa do funcionamento do sistema de justiça, a qual, será abordada neste tópico.

Seguindo essa sistemática, “O processo começa a ser analisado sob o prisma da eficiência da prestação jurisdicional, que se dá com a identificação e a

superação de obstáculos que dificultam uma atuação rápida por parte do Poder Judiciário” (FILHO, 2016, p. 2). Nesse sentido, se chega o entendimento de que “ processo é, nesse quadro, um instrumento serviço da paz social (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 47).

Por isso, a “instrumentalidade nesse sentido positivo [...] é alertar para necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminha à “ordem jurídica justa” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 47). Então, chega-se a conclusão jurídica de que,

O processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela. A essa abordagem metodológica do processo pode dar-se o nome de instrumentalismo, cuja principal virtude é estabelecer a ponte entre o direito processual e o direito material. (JUNIOR, 2017, p. 44).

Então, “processo e método são palavras que conformam o processo judicial. Processo, sucessão de atos unidos a um escopo comum, e o método dialógico, sob o crivo do contraditório, de interação entre os sujeitos participantes, parciais e imparciais” (JÚNIOR, 2008, p.6). Corrobora com essa sistemática a definição de que o processo e um

sistema por meio do qual produz-se a solução jurídica adequada à realização de direitos subjetivos frente à jurisdição. Nesse contexto é que diz-se que as partes valem-se do processo para realizar direitos subjetivos,² e por meio do processo o Estado cumpre a função jurisdicional. (MEDINA, 2017, p. 23).

Portanto, pode-se afirmar que o poder judiciário é um instrumento a serviço dos cidadãos, exercendo uma função tanto privada quanto pública, sendo que a primeira se concretiza pela verifica pela “unidade do direito (função pública ligada ao *ius constitutionis*)” (COSTA, 2011, p.117) já a segunda, deflagra-se pela realização da “justiça no caso concreto (função privada conexas ao *ius litigatoris*)”, sendo ressaltado após a deflagração do Estado democrático de direito, o qual,

[...] não mais aceita uma postura omissa e passiva do Poder Judiciário. Este deixou de ser um Poder distanciado da realidade social, para tornar-se um efetivo partícipe da construção dos destinos da sociedade e do país, sendo, além disso, responsável pelo bem da coletividade. (PINTO, 2008, p.1),

Ao proclamar isso, percebe-se claramente o papel duplo que desempenha: por um lado, atende aos interesses individuais dos envolvidos em um litígio; por outro, contribui para o bem-estar social ao encerrar disputas e restabelecer a or-

dem. Quando uma decisão judicial é proferida, ocorre o fim do conflito privado, promovendo assim uma espécie de “paz” social, uma vez que o poder judiciário resolveu a controvérsia apresentada a ele. Essa função conciliadora e pacificadora do judiciário é fundamental para a manutenção da estabilidade e da harmonia na sociedade, garantindo que os direitos sejam respeitados e os conflitos sejam resolvidos de forma justa e equitativa. (FERREIRA, 2014).

Então, é mister ressaltar que,

Embora o acesso efetivo à justiça venha crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. (CAPPELETTI, GARTY, 1988, p. 8).

Nesse contexto, é perceptível que Cappeletti e Garty enfatizam a importância da eficácia do processo em alcançar uma decisão substantiva, garantindo a igualdade de influência entre ambas as partes, ou seja, a paridade de armas. Isso implica em um sistema jurídico que não apenas permita que todas as partes sejam ouvidas, mas também que tenham recursos e oportunidades equitativas para apresentar seus argumentos e defender seus interesses diante do tribunal. Portanto, a ideia central é que a justiça só é verdadeiramente alcançada quando o procedimento legal assegura a igualdade de condições para todos os envolvidos, porque “A estrutura do processo judicial é dialógica. A arte de dialogar, faz com que haja progressão da trama processual, cujo epílogo, no processo de conhecimento, é a sentença, providência jurisdicional de mérito” (JÚNIOR, 2008, p.6).

Isso implica ressaltar que

O direito de acesso à justiça não se restringe à mera possibilidade de o indivíduo reivindicar a análise de determinada pretensão pelos tribunais, a qual representa apenas a primeira etapa de um procedimento cuja finalidade é a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, consubstanciada na incumbência de o Poder Judiciário não apenas ter conhecimento acerca das demandas que lhe são propostas, mas, sobretudo, de respondê-las de forma adequada e em tempo oportuno. (FILHO, 2016, p. 2).

Neste cenário, torna-se evidente a importância de se alcançar uma harmonia entre a eficiência da prestação jurisdicional, refletida no acesso à decisão do judiciário, exposto no art. 5, XXXV, de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, p. 4), e a celeridade do processo previsto no art. 5, LXXVII, que “a todos, no âmbito judicial e

administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988, p. 5).

Isso implica em evidenciar que, conforme abordado por CAPPELLETTI e GARTY (1988), é responsabilidade do Estado prover os meios para que os cidadãos encontrem amparo no poder judiciário para a resolução de litígios, facilitando o acesso à justiça principalmente para aqueles que não possuem recursos financeiros suficientes. Isso se dá por meio da implementação da assistência judiciária gratuita ou de medidas que assegurem a igualdade de condições entre aqueles que têm capacidade de contratar renomados escritórios de advocacia e aqueles que não têm.

Essas garantias visam garantir que todos tenham acesso efetivo à justiça, promovendo assim a equidade e a proteção dos direitos dos cidadãos, independentemente de sua condição econômica. Dessa forma, o Estado cumpre seu papel de promover uma sociedade justa e igualitária, onde o acesso à justiça não seja um privilégio, mas sim um direito fundamental de todos os indivíduos.

O que chama atenção na visão de ambos, é justamente a harmonia com o escopo que a constituição de 1988 perquire, que é a compatibilização entre o acesso a justiça e o tempo razoável, uma vez que, ambos expõem que,

as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais [...] Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. (CAPPELLETTI;GARTY, 1988, p. 11).

Nesse contexto, torna-se evidente a importância de estabelecer mecanismos pelos quais o cidadão possa revisar a sentença judicial. No entanto, é crucial que tais mecanismos não sejam ilimitados ou desproporcionais, pois isso poderia resultar não na justiça almejada, mas sim na injustiça. Afinal, a demora em socorrer os administrados pode, de certa forma, equiparar-se à falta de socorro, sobretudo porque “a morosidade da prestação jurisdicional passa a ser a principal razão para o descrédito dos jurisdicionados nos tribunais” (FILHO, 2016, p.2).

Por isso, “o processo começa a ser analisado sob o prisma da eficiência da prestação jurisdicional, que se dá com a identificação e a superação de obstáculos que dificultam uma atuação rápida por parte do Poder Judiciário.” (FILHO, 2016, p.2), sendo necessário encontrar um equilíbrio que permita a revisão das decisões judiciais de forma justa e eficiente, sem prolongar excessivamente os processos e comprometer a eficácia do sistema de justiça. É fundamental que os recursos e as revisões estejam disponíveis para garantir a proteção dos direitos

dos cidadãos, mas também é essencial evitar abusos que possam prejudicar a própria administração da justiça.

Nesta esteira, se viu a priori, que o Estado garantiu aos cidadãos a possibilidade de revisão das decisões judiciais, por meio do princípio do “duplo grau de jurisdição”, o qual, conforme explanado, possibilita aos administrados maiores confiança de que a tomada de decisão tenha sido a mais correta possível. Ocorre que, como também explicado, essa possibilidade não pode gerar recursos infinitos, porque não irá trazer a “paz” desejada no âmbito das decisões judiciais.

“Por isso o cabimento dos recursos vai se afunilando com a desenrolar do procedimento pelas instâncias. Não são todos os processos que reunirão as condições de serem analisados por todos os órgãos que compõem o Poder Judiciário brasileiro e isso não significa afronta ao duplo grau de jurisdição. (MATOS, 2001, p. 14).

Nesse contexto, torna-se evidente que a questão da efetividade das garantias assume uma importância crucial, sobretudo porque a perquirição dessa não reflete apenas na seara do direito, mas na própria economia do país, haja vista que, “estudos de que nosso País acumula anualmente uma perda de 20% no crescimento da economia devido à ineficiência do poder judiciário” (OLIVEIRA, 2009, p. 2).

Por isso, é crível que, a compreensão do papel fundamental exercido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça na busca por efetivação e materialização de garantias fundamentais, em razão da teoria do neoconstitucionalismo é de grande monta para evolução do país como um todo.

Ao analisar o contexto normativo e histórico previamente considerado, percebe-se que o papel dessas instâncias não é revisar minuciosamente todos os aspectos factuais e analíticos do caso apresentado a elas, mas sim a promover a “Paz social” entre todos os cidadãos, declarando, por meio de suas decisões, que o direito deve ser interpretado e aplicado de maneira uniforme e justa, ou seja, “a função destes recursos é garantir a uniformidade de interpretação do direito, seja no âmbito constitucional, seja no infraconstitucional” (MATOS, 2001, p. 14).

Dessa forma, o papel desses tribunais vai além da simples análise técnica, envolvendo também a promoção da coesão social e da confiança na instituição jurídica. Assim, é essencial que essas instâncias judiciais atuem de forma proativa na defesa dos direitos fundamentais e na garantia da igualdade perante a lei, contribuindo para a consolidação do Estado Democrático de Direito e para o fortalecimento da democracia no país, por isso “não devem ser interpostos por mera intenção de corrigir as injustiças das instâncias ordinárias, pois possuem características específicas a equilibrar a ordem constitucional e federal” (MELLO, 2009, p. 1).

Ao considerar esse grau de importâncias da referida corte, se nota que a necessidade do Recurso Extraordinário não é servir para toda e qualquer causa já decidida, por isso, não podem as partes lançar mão dele “sem critério nem método, como a clava nas mãos dos bárbaros. Pelo contrário, devem ser utilizados apenas quando em jogo a preservação do império da Constituição [...] ou do direito federal” (CARAZZA, 1993, p. 4), porque trará ao próprio cidadão inevitável insegurança jurídica e falta de efetividade aos recursos, com total dissonância com o escopo definido na constituição, de se ter uma decisão em prazo razoável, porque de nada adiantaria o direito socorrer de maneira tardia.

Esse objetivo claro dos recursos excepcionais no país de salvaguardar aos direitos fundamentais resta claro na própria história, uma vez que,

A Constituição de 1891, ao se alinhar com o modelo federativo norte-americano, atribuiu aos Estados a competência para legislar sobre o direito processual. Em consequência, quando ocorreu a Revolução de 1930, existiam, na federação brasileira, vinte e quatro Códigos Processuais em vigor. (LEITE, 2021, p.1).

Portanto, até a Constituição de 1934, os estados brasileiros tinham autonomia para elaborar seus próprios códigos de processo civil, o que, a princípio gera uma clara satisfação dos que defendem um estado federado autônomo. Em que pese haja esse bônus, de certo havia muita insegurança jurídica para o “povo” brasileiro, porque “os advogados que oficiavam na justiça federal e nas estaduais, enfrentavam, com frequência, dificuldades geradas pelos prazos diferenciados, pela multiplicidade de processos de execução, promovendo inclusive prejuízos de ordem material” (LEITE, 2021, p.8).

Com isso, se fez necessário a discussão sobre a unificação, até que o “sistema da dualidade processual foi extinto pela Constituição Federal de 16 de julho de 1934, passando a União, pela primeira vez sob o regime republicano, a ter competência legislativa exclusiva em matéria processual (art. 5º, XIX, a)” (TUC-CI, 2022, p. 12). Ocorre que, até esse caminho da extinção, cabia ao Supremo, exercer sua função excepcional de unificar a jurisprudência, em meio ao emaranhado de códigos existentes a época. Dessa forma, a unificação do processo civil por meio da Constituição de 1934 representou um avanço significativo na busca de se evitar a insegurança jurídica de decisões conflitantes.

Ficou evidente a função excepcional do Supremo Tribunal Federal, cuja competência é estritamente jurídica, não lhe cabendo a análise fática já debatida e discutida, como mencionado anteriormente em outros tópicos. Se a Suprema Corte se fixasse na análise de todo o contexto processual, o tempo, já escasso e um dos motivos primordiais para a criação do Superior Tribunal de Justiça, seria ainda mais reduzido, além de perpetuar as causas indefinidamente. Assim, foi visto como fundamental que o STF mantivesse seu foco na análise jurídi-

ca, evitando o sobrecarregamento e garantindo a eficiência do sistema judiciário brasileiro.

Nesse viés, se nota a importância de compreender que “a tutela jurisdicional adequada não se limita ao resultado esperado “[..] se o Estado oferece meios adequados à consecução dos fins estará satisfazendo de modo apropriado o direito à tutela jurisdicional.” (FERREIRA, 2014, p. 19). Portanto, é de responsabilidade do Estado, detentor do monopólio de determinar o direito, uma vez que impede que os cidadãos façam justiça com as próprias mãos (FERREIRA, 2014), fornecer aos cidadãos os recursos necessários, os quais eles devem utilizar de acordo com os propósitos para os quais foram concebidos. Assim, cabe ao poder público garantir que haja acesso à justiça de forma equitativa e eficaz, promovendo a ordem e a harmonia na sociedade.

Por isso, ao se estudar Recurso Extraordinário, se fez necessário expor qual seria suas competências, para demonstrar que, a excepcionalidade de ambos, não se vai contra ao Estado Democrático Constitucional de Direito, pelo contrário, é reafirmar que, o Estado, na sua função política de dizer o direito, os quais, “contribuem para previsibilidade, a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e a própria credibilidade do Poder Judiciário” (COSTA, 2011, p. 121). Além disso, irá fazer da maneira mais rápida e efetiva dentro da possibilidade da demanda, porque “o objetivo síntese do Estado contemporâneo é o bem-comum [...] é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 31).

Quando o Supremo Tribunal Federal exerce sua competência que o deu vida, torna efetivo o que CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2008) deixaram claro: a busca pela pacificação com justiça do bem comum. Essa missão ganha ainda mais relevância diante da clara transcendência da questão em análise, que deixa de ter contornos meramente particulares e se volta para a determinação da vigência ou não do artigo de lei. É por meio dessas instâncias superiores que se estabelece a aplicação equitativa do direito, promovendo a estabilidade e a segurança jurídica da sociedade, pois “a sociedade não entende como pode haver soluções distintas para casos iguais.” (OLIVEIRA, 2009, p. 2).

É legítimo ressaltar que aqueles que adotam essa perspectiva contribuem para evitar a insegurança quanto à competência material de ambas as cortes, uma vez que as decisões judiciais devem ser embasadas em critérios sólidos e consistentes, preservando assim a integridade do sistema jurídico, sendo que as “Incertezas sobre competência traduzem-se quase sempre em perturbações indesejáveis ao curso do pleito” (MOREIRA, 1995, p. 4), e com a adoção dessa perspectiva trará a clara compreensão de que, o duplo grau fático, já foi exercido, não cabendo levar discussões que não trará influência no todo.

Se nota que, com esse escopo de reafirmar a excepcionalidade do RE e do RESP, ao longo dos anos foi se criando mecanismos para que isso se materializasse, sendo que ainda na vigência do CPC de 1973 se verifica essa busca, “como exemplo, citamos a entrada em vigor da Lei nº 11.672/2008, que instituiu procedimento para o julgamento uniforme dos chamados recursos repetitivos (que tratam de matérias absolutamente idênticas). (OLIVEIRA, 2009, p. 2).

A adoção de uma abordagem voltada para a excepcionalidade, visando concretizar a segurança jurídica, representa um avanço significativo no cenário jurídico brasileiro. O Código de Processo Civil de 2015, ao estabelecer de forma clara no artigo 926 a adoção do sistema de precedentes, consolida esse progresso, o qual será examinado detalhadamente em um tópico específico. Essa medida busca garantir maior estabilidade e previsibilidade nas decisões judiciais, promovendo assim a uniformidade na interpretação e aplicação do direito, essencial para a eficácia do sistema jurídico, com consequente influência em outras áreas do cidadão, como a economia como já ressaltado.

III. REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Numa primeira análise, se faz por bem fazer análise minuciosa do filtro da repercussão geral, a qual, obteve um ensaio do que foi entabulado na constituição de 1988, haja vista que, na Emenda de nº 7 da Constituição de 1.967, o constituinte reformador trouxe a necessidade de se verificar relevância na matéria levada a mais alta corte do país, sendo entabulado que, “as causas a que se fere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.” (BRASIL, 1977, p.4).

Neste contexto, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal no ano de 1985 esmiuçou a questão da relevância, deixando claro a maneira como deveria ser arguida pela parte, ou seja, expos todo o caminho necessário que a petição que detinha relevância necessitaria passar e, após o julgamento será distribuído para turma ou ao plenário, sendo exigido que, “A arguição de relevância da questão federal será feita em capítulo destacado na petição de recurso extraordinário, onde o recorrente indicará, para o caso de ser necessária a formação de instrumento” (BRASIL, 1985, p.5).

Essa busca por mecanismos de controle, veio com o escopo de solucionar a “crise do supremo”, que é “o insustentável número de feitos que mensalmente são distribuídos para análise e julgamento perante aquele órgão.” (ACQUA, 2010, p. 32). E, por isso, não há como não se reconhecer certa semelhança entre a arguição de relevância e a atual repercussão geral, vez que ambos os institutos

têm como finalidade a “filtragem” de recursos distribuídos ao STF (ACQUA, 2010, p. 35-36).

Em que pese notória semelhança entre a “questão da relevância” e a “repercussão geral”, sobretudo com teu escopo de desafogar o poder judiciário nas análises do recurso excepcional, a primeira detinha grande diferença comparada comparado com a segunda, haja vista que analisava a relevância apenas nas matérias de ordem infraconstitucional, considerando que as matérias de ordem constitucional detinham a relevância presumida (ACQUA, 2010), de outro vértice, a repercussão geral se aplica na esfera constitucional.

Nesse anseio de resolver o problema da gama de recursos que já assolava a mais alta corte do país que, “no contexto da proposta de emenda à Constituição que ficou conhecida como “Reforma do Judiciário”. Esta consistiu num conjunto de medidas que tinham por objeto a estrutura e a organização do Poder Judiciário brasileiro” (ANDRADE, 2008, p.5), sendo “publicada no Diário Oficial da União de 31/12/2004, a Emenda Constitucional (EC) 45, que instituiu a Reforma do Judiciário” (BRASIL, 2020 p. 1), tendo sido “Criada com a missão de dar mais celeridade e eficiência ao sistema judiciário, a emenda proporcionou várias mudanças na organização e no funcionamento da Justiça brasileira.” (BRASIL, 2020 p. 1).

Sendo notório que na reforma, criou-se o Superior Tribunal de Justiça, o qual, não carregou consigo a necessidade de analisar a “relevância” e no âmbito do Supremo, não só retirou o encargo da análise de matéria infraconstitucional, mas também criou o instituto da “repercussão geral” para as matérias constitucionais, as quais, até que aquele momento detinha grau de relevância presumida. Essas mudanças representam uma alteração significativa na estrutura e no funcionamento do sistema judiciário brasileiro, refletindo a busca por uma maior eficiência e celeridade na análise e resolução de questões legais.

Por isso, assim como 1977, com posterior regulamentação via regimento interno evidenciou-se que a reforma visava aliviar a carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal (STF), instituído para deliberar sobre questões de grande relevância que impactassem toda a sociedade. Nesse sentido, era necessário que o tribunal dispusesse do tempo necessário para analisar minuciosamente cada demanda, sem comprometer, contudo, a celeridade exigida pela Constituição de 1988. No entanto, diante do crescente volume de casos, tornou-se impraticável manter esse equilíbrio, levando à busca por medidas alternativas para alcançar os objetivos almejados.

Se nota que a reforma do poder judiciário veio no contexto e anseio de não só haver decisão do poder judiciário, mas que essa pudesse vir de maneira célere, cumprindo com a duração razoável do processo, “buscando agilizar a solução das lides, reduzir o volume de processos sob análise do Supremo Tri-

bunal Federal e dar respostas mais rápidas à sociedade e ao cidadão em relação a questões constitucionais” (ANDRADE, 2008, p.7).

Por isso, restou claro na medida adotada que “um dos objetivos do instituto da repercussão geral, implementado em 2007, foi o de diminuir a sobrecarga de processos recursais no Supremo Tribunal Federal (STF)” (BRASIL, 2022, p.1), tendo o próprio Supremo Tribunal Federal no ano de 2022 emitido nota expondo que após 15 anos da implementação do referido filtro o acervo do STF continha 11,4 ações, contra 118,7 mil que existiam à época (BRASIL, 2022). Nesse diapasão, é válido lembrar que a emenda não só criou o filtro da repercussão geral, o qual será explorado, mas outro órgão com funções semelhantes, que o Superior Tribunal de Justiça, que também contribuiu para ocorrer essa redução.

Nesse sentido, a repercussão geral veio no ano de 2004 “como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, almejando que este fosse cada vez mais excepcional, com a possibilidade do próprio tribunal escolher e verificar quais as matérias pertinentes a seu crivo e julgamento. “(LE MOS, 2017, p. 3), que visava e “visa à garantia da capacidade funcional do STF cada vez mais ameaçada por um número exacerbado de Recursos Extraordinários interpostos contra decisões de todos os órgãos de segunda instância da Justiça estadual e federal (MARTINS, 2019, p.2).

Reafirmando a necessidade de deixar a mais alta corte de interpretação da Constituição do país com questões que pudessem afetar além das partes envolvidas na questão, cumprindo com o objetivo e função de sua competência, restando evidente porque essa pressupõe a necessidade “que se evidenciem questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (ANDRADE, 2008, p.2).

Em razão de todo esse contexto fático, o poder constituinte reformador editou o §3 do art.102 da Constituição Federal expondo a necessidade de “que se evidenciem questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (BRASIL, 2004, p. 2), ou seja, o legislador constitucional deixou claro a impossibilidade da mais alta corte do país analisar, por meio de RE casos que envolvessem apenas interesses meramente particulares, devendo a peça estar clara a transcendência da medida, porque a depender da decisão de mérito da corte, essa valerá e vinculará os administrados de todo o país.

Em arremate, se infere que “A intenção [...] foi, assim, atender a uma justa demanda da comunidade jurídica e política em geral de assegurar a capacidade funcional do STF junto a um instrumento processual supostamente ou de fato – indevidamente utilizado” (MARTINS, 2019, p.8). Nesse viés, ao considerar que não é eficaz manter um órgão estatal que não consegue cumprir o propósito para o qual foi criado, pois desregulará toda uma “roda” pensada em servir

o cidadão, assegurar a eficácia da manutenção funcional do órgão se mostrou como necessária.

É relevante ressaltar que, de acordo com o teor do §3º do art. 102 da Constituição Federal, ficou evidenciado que o apelante deveria comprovar de acordo com o que determinasse a legislação pertinente, em razão disso, ficou manifesto que o legislador constituinte reformador estipulou que o cumprimento desse requisito dependeria da promulgação de uma lei específica, a qual somente veio à tona por meio de um processo legislativo subsequente, que foi a “Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, a qual inseriu os artigos 543-A e 543-B no CPC, e pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007, a qual alterou o Regimento Interno do STF.” (PAIVA, 2008, p.5).

Sendo que definição dessa, passa por critérios quantitativos, sobressaem-se as questões repetidas em maior número de processos. Critérios qualitativos apontariam para a gravidade da matéria de fundo, não importando a quantidade de processos: assim, uma questão de rara ocorrência prática, mas que envolve-se, e.g., um conflito entre direitos fundamentais, poderia ser tida como relevante. Critérios institucionais poderiam ressaltar a saliência de questões relacionadas ao pacto federativo e à separação de poderes. Critérios econômicos teriam em conta a magnitude dos impactos financeiros envolvidos na controvérsia. E assim por diante. (REGO, 2017, p.3).

“Assim, o conceito a ser dado pelo STF para “repercussão geral” deve ser coerente com o princípio da “supremacia do interesse público sobre o interesse privado”, que é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade” (BRÄWERMAN, 2007, p.11). Neste viés, resta claro que o conceito de “repercussão geral”, em que pese não venha ser claro no texto, passa por uma via de questão que não envolverá apenas interesses próprios, mas que poderá trazer uma influência decisório nos demais cidadãos, uma vez que, em que pese nem toda decisão do Supremo Tribunal tenha eficácia “erga omnes”, essa poderá afetar nas decisões posteriores da corte, como por exemplo aplicar a “mutação” constitucional de um texto.

Por conseguinte, a repercussão geral não se restringe meramente a um requisito processual para a admissibilidade de recursos, mas evidencia a afirmativa da missão da corte, a qual é responsável por decidir questões de relevância constitucional com clareza e certeza jurídica, sem ceder ao subjetivismo ou à mera aplicação casuística. Nesse sentido, a hermenêutica constitucional empregada e concretizada na interpretação do texto normativo desempenha um papel crucial na orientação das diretrizes que regerão os cidadãos. Logo, o congestionamento do tribunal supremo compromete a análise minuciosa e ágil dessas questões, prejudicando a eficácia da justiça e a garantia dos direitos fundamentais.

Com a referida menção, resta claro que a natureza jurídica da repercussão geral é requisito de admissibilidade, sobretudo por falta do constituinte refor-

mador deixar omissos que é questão de “acolhimento ou provimento” e, como a constituição não palavras ou expressões vazias, essa deve ser analisada no juízo de admissibilidade (DUSI, 2007), sendo que a admissibilidade do Recurso Extraordinário pode ser realizada em capítulos autônomos, conforme a dicção do enunciado de súmula de nº 528 do Supremo Tribunal Federal.

É importante destacar que há a possibilidade de presunção de admissibilidade em casos nos quais a matéria em discussão envolva controvérsias sobre acórdãos que não aplicaram súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou quando nas instâncias inferiores foi aplicada a inconstitucionalidade incidental, conforme previsto no artigo 97 da Constituição Federal. Além disso, também ocorrerá essa possibilidade quando se aplicar a técnica do incidente de resolução de demandas repetitivas, de acordo com os ditames legais pertinentes.

Conforme se deflagra do §3 do art. 102 da Constituição, esse dispositivo deixou claro presunção de repercussão geral, uma vez que, estabeleceu a necessidade de 2/3 do quórum votar contra o reconhecimento, portando, o constituinte reformador editou óbice para admissibilidade do Recurso Extraordinário, todavia trouxe a garantia de quórum maior para que esse não venha ser usado de maneira indiscriminada e monocrática, materializando o princípio do colegiado.

Outro aspecto importante sobre a análise deste requisito, é entender o momento que o Supremo Tribunal Federal irá verificar a admissibilidade ou não. Ao se verificar no art. 323, caput do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o dispositivo indica análise posterior aos óbices tradicionais de admissibilidade, haja vista a redação do artigo estar descrito que, “Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.” (BRASIL, 2010, p. 144), por isso, “que a apreciação da repercussão geral deve ocorrer apenas após a realização do juízo de admissibilidade tradicional do recurso extraordinário.” (ACQUA, 2010, p. 61).

Ainda, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal, deixa claro a necessidade de antes mesmo de verificar a repercussão geral é se a matéria detém ofensa direta a constituição. Diferente da análise da repercussão, agora a necessidade de a maioria dos ministros votarem pelo reconhecimento de matéria infraconstitucional, garantindo que a corte suprema analise matérias estritamente de relevância constitucional.

Caso a repercussão não seja admitida, o art. 326 do RISTF expõe a impossibilidade de recurso. Sendo necessário mencionar que a negativa pode se dar com efeito erga omnes ou não, ou seja, poderá valer apenas para aquele caso concretou o irá valer para todos os casos parecidos que envolvem aquela maté-

ria, cabendo nessa situação recurso, sendo necessário o voto de 2/3 para que a manifestação do relator possa prevalecer.

Com o avanço da tecnologia, o Supremo Tribunal Federal avançou para dar celeridade na análise, incluindo o plenário virtual, onde após “Relator observar a existência de repercussão geral, submetendo, por meio eletrônico, cópia de sua manifestação aos demais Ministros, que terão vinte dias para mandar, também por meio eletrônico, as suas respectivas manifestações sobre o tema.”(MATOS, 2017, p.31), sendo que, como a repercussão é a regra, caso não haja 08 ministros que se manifestem de maneira expressa contra o reconhecimento da repercussão, haverá o reconhecimento tácito, em razão da preclusão temporal na manifestação (MATOS, 2017).

Embora no ano de 2020 tenha ocorrido emenda regimental, a qual, trouxe ao §3 do art. 326 a redistribuição do feito e, não o reconhecimento automático da repercussão geral, por decorrência lógica de se obter um fim, caso o resultado seja o mesmo da situação acima, por aplicação ao princípio da duração razoável do processo o reconhecimento da repercussão geral automática é medida que se impõe, uma vez que, caso seja outro entendimento, poderá ter infinitas e redistribuições sem o prosseguimento do feito, mesmo que a decisão “a posteriori” venha a não admitir o recurso por causa desse óbice.

Olhando por outra perspectiva, como mencionado anteriormente, se o relator entender que não houve violação direta a uma norma constitucional, isto é, se o recurso da parte estiver relacionado a uma questão infraconstitucional, não cabendo, portanto, análise no âmbito do Recurso Extraordinário, a ausência de manifestação dos demais ministros resultará na não admissão da repercussão geral. Isso implica dizer que a atuação do colegiado ainda é soberana, sendo a atuação dos ministros além do relator crucial. (MATOS, 2017), sobretudo porque o regimento interno deixa claro a necessidade da maioria absoluta dos ministros se manifestarem sobre a existência de matéria constitucional. (BRASIL, 2023).

É válido lembrar que o recurso extraordinário detém duplo juízo de admissibilidade, sendo o primeiro exercido pelo juízo “a quo” e segundo pelo próprio STF. Em razão disso, o RISTF em seu artigo 327 mencionou a possibilidade do presidente do tribunal “a quo”, inadmitir recurso por falta de repercussão geral, caso esse não venha ter preliminar mencionando sobre o tópico ou a matéria carecer de repercussão, uma vez já sedimentado e, nesse caso, caberá recurso de agravo contra essa decisão.

Por último, caso seja reconhecido a repercussão geral, poderá sobrestar o julgamento dos demais recursos que detém matéria idêntica ao que serviu de paradigma e, nesse caso o tribunal “a quo” não necessitará realizar juízo de admissibilidade sobre esses recursos que detém a referida matéria, conforme previsão expressa do art. 328 e 328-A do RISTF.

Nesta esteira, se nota a notória relevância deste instituto para reafirmação do grau de importância que é a decisão de matéria constitucional realizada pelo STF, sendo que as regras descritas na constituição e regimento interno, só deixam claro a importância da matéria e, que, não cabe levar a órgão matérias que não transcendem ao mero subjetivo da causa.

IV. CONCLUSÃO

Nesta esteira, chega a conclusão de que, o processo, enquanto instrumento de efetivação da justiça, requer procedimentos claros para que os jurisdicionados possam alcançá-la de forma estável.

No olhar específico do sistema judiciário brasileiro, torna-se evidente que o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel crucial na salvaguarda da Constituição Federal, especialmente por meio do Recurso Extraordinário.

Por isso, a criação do mecanismo como a repercussão geral visa fortalecer esse escopo, exigindo uma abordagem objetiva por parte dos litigantes, garantindo que seu uso não seja pautado por interesses meramente subjetivos, mas sim embasado em fundamentos legais sólidos.

Portanto, a importância da Repercussão Geral resta claro, com o intuito de materializar a excepcionalidade do Recurso Extraordinário.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Milson Nunes Veloso de. A “Repercussão Geral” Como Pressuposto de Apreciação de Recurso Extraordinário: Algumas Considerações. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1432/899>. Acesso em: 03. Abr. 2024.

ACQUA, Thaís Ghelfi Dall. O instituto da repercussão geral no recurso extraordinário. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/31258/1/THA%c3%8dS%20GHELFI%20DALL.%e2%80%99%20ACQUA.pdf>. Acesso em: 08. Abr. 2024.

BOBBIO, Noberto. Disponível em: Teoria do ordenamento jurídico. https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4212351/mod_folder/content/0/Noberto%20Bobbio%20-%20Teoria%20do%20Ordenamento%20J.pdf?forcedownload=1. Acesso em: 03. Mar. 2024.

BRASIL. Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1. Acesso em: 03. Abr. 2024.

BRASIL. Emenda constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm#:~:text=Lei%20complementar%20denominada%20Lei%20Org%C3%A2nica,esta%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20ou%20dela%20decorrentes. Acesso em: 08. Abr. 2024.

BRASIL. (STF). Emenda regimental nº 2 de 04.12.85. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL002-1985.PDF>. Acesso em: 08. Abr. 2024.

BRASIL. Em 15 anos, aplicação da Repercussão Geral no STF permitiu redução do acervo de recursos de 118 mil para 11 mil. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=487736&ori=1>. Acesso em: 03. Abr. 2024.

BRASIL. Súmula 528. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula528/false>. Acesso em: 10. Abr. 2024.

BRASIL. Promulgada há 15 anos, Reforma do Judiciário trouxe mais celeridade e eficiência à Justiça brasileira. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434106&ori=1>. Acesso em: 01. Abr. 2024.

BRAWERMAN, Andre. Recurso extraordinário, repercussão geral e a advocacia pública. Disponível em: <https://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/208/201>. Acesso em: 10. Abr. 2024.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5186618/mod_resource/content/1/Mauro%20Cappelletti%20-%20Acesso%20%C3%A0%20Justi%C3%A7a.pdf. Acesso em: 03. Mar. 2024.

CARRAZZA, Roque Antonio. Do recurso extraordinário e do recurso especial. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 2, n. 1, p. 23-31, 1993.

COSTA, Guilherme Recena. Superior Tribunal de Justiça e recurso Especial: análise da função e reconstrução dogmática. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03092012-153037/en.php>. Acesso em: 14. Mar. 2024.

DUSI, Rubens Andre Gonçalves. A repercussão geral no Recurso Extraordinário. Disponível em: https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1150/monografia__Rubens_Andre_Goncalves_Dusi.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10. Abr. 2024.

FERREIRA, Rafael Ciarlini. O julgamento do recurso especial repetitivo: uma resposta adequada ao problema da sobrecarga processual ou um procedimento que resulta no déficit de efetividade das decisões?. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5986/1/20921505.pdf>. Acesso em: 12. Mar. 2024.

FILHO, Fernando Fortes Said. O sistema recursal no novo código de processo civil sob a perspectiva da razoável duração do processo. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/download/430/pdf_1. Acesso em: 03. Mar. 2024.

JÚNIOR, Adolpho C. de Andrade Mello. Processo judicial e efetividade da função. Algumas reflexões. Disponível em: https://portaltj.trj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dee66654-436f-4e8e-a767-d7e29c869bb3&groupId=10136. Acesso em: 03. Mar. 2024

LEITE, Antonio Teixeira. A constituinte de 1934 e a unificação do direito processual brasileiro. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/download/176/202/671>. Acesso em: 10. Mar. 2024.

LEMO, Vinicius Silva. A repercussão geral no novo CPC: a construção da vinculação da decisão de mérito proferida em repercussão geral pelo STF. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/27946/20285>. Acesso em: 01. Abr. 2024.

MATOS, Amanda Visoto de. Os filtros de admissibilidade dos recursos excepcionais. Disponível em: <http://icts.unb.br/jspui/handle/10482/45973>. Acesso em: 05. Mar. 2024.

MATOS, Amanda Visoto de. Os limites da PEC da relevância (PEC n. 209/2012) como uma possível solução para a crise do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/18819>. Acesso em: 16. Abr. 2024.

MELLO, Vanessa Pavani. Dos Recursos Extraordinário E Especial. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31855-37024-1-PB.pdf>. Acesso em: 05. Mar. 2024.

OLIVEIRA, Bruno Patrício. Insegurança jurídica: Ineficiência do Judiciário atrasa economia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-09/ineficiencia-judiciario-faz-economia-deixar-crescer-20/>. Acesso em: 13. Mar. 2024.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Responsabilidade do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2008/responsabilidade-do-poder-judiciario-no-estado-democratico-de-direito-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>. Acesso em: 12. Mar. 2024.

ROSA, Alexandre Maorais da. Não se faça de Bobbio: a importância do ordenamento jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-26/diario-classe-nao-faca-bobbio-importancia-ordenamento-juridico/>. Acesso em: 12. Mar. 2024.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Evolução do processo civil brasileiro nos 200 anos de Independência. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/5/5910FF661CB6F4_2022.05.02-EvolucaoDoprocessoc.pdf. Acesso em: 10. Mar. 2024.

A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS: CONCRETUDE DO ACESSO À JUSTIÇA

MEDIATION AND CONCILIATION IN EXTRAJUDICIAL REGISTRIES: CONCRETE ACCESS TO JUSTICE.

Lucas Leonardi Priori

Mestrando em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR – Universidade Paranaense. Bacharel em Direito pela UNIPAR – Universidade Paranaense. Advogado.
lucaspriori@yahoo.com.br

Áreas do Direito: Processo Civil – Efetividade.

RESUMO: Dentre as principais alterações advindas com a Constituição Federal de 1988, foi atribuído ao Poder Judiciário a tarefa zelar pela Constituição, defender a democracia e proteger o cidadão brasileiro de eventuais abusos cometidos por membros do próprio poder judiciário, e, ou, pelo poder estatal, acarretando um número expressivo de demandas. Ao permitir e facilitar o acesso à justiça, adveio uma face nefasta, ante o falta de condições do Poder Judiciário para receber essa excessiva gama de pretensões, precariedade da estrutura, ocasionando visível morosidade no andamento processual, e via de consequência, desestímulo por parte dos cidadãos em buscar a garantia de seus direitos. O estudo abordará a eficácia da mediação e conciliação instituída aos cartórios extrajudiciais à luz do Provimento nº 67 do Conselho Nacional de Justiça como meio facilitador do acesso à justiça com propósito de contribuir na solução de conflitos através da autocomposição mediante as serventias extrajudiciais. Como tônica do presente texto e fazendo referência à forma de mediação proposta pelo Provimento nº 67 e a mediação judicial, este trabalho destaca os meios de garantir aos cidadãos satisfatório acesso à justiça, ainda que extrajudicialmente.

Serve-se do método dedutivo e de revisão bibliográfica e conclui pela eficiência dos serviços prestados pelos notários no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Serviços notariais. Meios alternativos de solução de conflito. Conciliação. Mediação. CEJUSC.

ABSTRACT: Among the main changes that came with the Federal Constitution of 1988, the Judiciary was assigned the task of ensuring the Constitution, defending democracy and protecting Brazilian citizens from possible abuses committed by members of the judiciary itself, and, or, by the state power, leading to an expressive number of demands. By allowing and facilitating access to justice, a disastrous facet emerged, given the lack of conditions of the Judiciary to receive this excessive range of pretensions, precariousness of the structure, causing visible slowness in the procedural progress, and, consequently, disincentives on the part of the citizens to seek the guarantee of their rights. The study will address the effectiveness of mediation and conciliation instituted to extrajudicial registry offices in the light of Provision n° 67 of the National Council of Justice as a means of facilitating access to justice with the purpose of contributing to the resolution of conflicts through self-composition through extrajudicial services. As the keynote of the present text and referring to the form of mediation proposed by Provision n° 67 and judicial mediation, this work highlights the means of guaranteeing citizens satisfactory access to justice, even if extrajudicially. It uses the deductive method and bibliographic review and concludes by the efficiency of services provided by notaries in Brazil.

KEY-WORDS: Notary Services. Alternative means of conflict resolution. Conciliation. Mediation.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. O ACESSO À JUSTIÇA; 3. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO MEIOS ADEQUADOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS; 4. PROVIMENTO N.º 67/2018 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; 5. DA SIMILARIDADE COM A MEDIAÇÃO JUDICIAL E POSSIBILIDADE DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS ATUAREM COMO CEJUSCS; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; E BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação em 5 de outubro de 1988 da Constituição Federal, o Estado, por meio do Poder Judiciário, vem enfrentando dificuldades para garantir aos cidadãos satisfatório acesso à justiça, face ao número excessivo de demandas.

A tentar mitigar o problema relacionado à efetividade da prestação jurisdicional, o Conselho Nacional de Justiça em 29 de novembro de 2010 emitiu a Resolução n.º 125. Essa resolução se encontra nitidamente vinculada com objetivo de adequar e tornar mais célere a solução dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Referida resolução apresenta como possibilidade a adoção de instrumentos efetivos da mediação e conciliação, tendo por escopo à disseminação da cultura de pacificação social.

Esta Resolução trouxe ao ordenamento jurídico pátrio uma gama de inovações, merecendo destaque a desjudicialização, regulamentada posteriormente pelo Provimento n.º 67 de 26 de março de 2018, que possibilitou a prestação facultativa dos procedimentos de mediação e conciliação perante os serviços notariais e de registro no Brasil, com intuito de desafogar o Poder Judiciário, concedendo à população meios alternativos de acesso à justiça para resolverem seus conflitos de forma eficaz e num tempo mais adequado às necessidades dos conflitantes.

Diante destes fatos, busca-se pelo trabalho em questão compreender se o Provimento 67/2018 possui uma eficácia quanto ao acesso à justiça por meio dos métodos consensuais de resolução de conflitos, demonstrando ainda que a escolha pelas serventias não foi por acaso, mas sim, em virtude do reconhecido serviço prestado na realização de inventários, divórcios consensuais, usucapião extrajudicial, reconhecimento de paternidade e maternidade biológica e socioafetiva.

Portanto, o objetivo geral deste estudo é analisar as perspectivas da implementação dos procedimentos de mediação e conciliação nas serventias, como forma de desafogar o Poder Judiciário, promovendo a desjudicialização e o direito fundamental de acesso à justiça.

Como objetivo específico busca-se compreender o conceito de acesso à justiça, bem como conhecer os métodos autocompositivos da mediação e da conciliação, analisar o Provimento n.º 67/2018 e o papel dos serviços notariais e de registro no Brasil, demonstrar a similaridade entre as mediações judiciais e extrajudiciais e a possibilidade destas serventias atuarem perante os Tribunais de Justiça como Centros Judiciários de Solução de Conflitos - CEJUSC, por meio de convênios.

A metodologia utilizada classifica este trabalho como básico, porquanto não vislumbra a necessidade de aplicação prática, mas sim, objetiva novos conhecimentos úteis para o avanço científico. Ainda, é considerado exploratório, pois tem por escopo trazer informações extras sobre o assunto. A abordagem é qualitativa, uma vez que busca compreender e interpretar os dados ou informações obtidas.

A pesquisa se justifica, visto que, ao abordar o direito em sua trajetória histórica, permite uma maior compreensão da construção dos institutos jurídicos no Brasil, no caso, especificamente verificando a desjudicialização dos procedimentos, hoje judiciais, concretização a eficiência e eficácia dos litígios, servindo ainda como contraponto a morosidade do Poder Judiciário.

A elaboração deste estudo ocorre por meio de fontes bibliográficas, caracterizando-se como uma revisão de literatura, por constituir mediante pesquisas já publicadas, como artigos, revistas, teses, livros, e outros meios eletrônicos que auxiliaram na sua elaboração.

2. O ACESSO À JUSTIÇA

O processo é o meio pelo qual o jurisdicionado acessa a tutela estatal em busca da satisfação de um direito. Ocorre que o processo se altera conforme alteram-se os valores do Estado no qual esse está inserido. Dentre as principais alterações advindas com a Constituição Federal de 1988, atribuiu ao Poder Judiciário a tarefa zelar pela Constituição, defender a democracia e proteger o cidadão brasileiro de eventuais abusos cometidos por membros do próprio poder judiciário, e, ou, pelo poder estatal.

Essas tarefas tomaram corpo especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, cuja qual, em seu artigo 5º, XXXV, concede a todo cidadão direito ao acesso do judiciário, também conhecido como acesso à tutela jurisdicional, ou ainda acesso ao Poder Judiciário.

Com a redemocratização do Estado brasileiro, a qual atinge seu ponto mais significativo, o Poder Judiciário passou a receber um número expressivo de demandas. Se o respeito a cidadania e aos direitos fundamentais se apresentam como um ponto positivo experimentado pela nova Constituição Federal, ao permitir e facilitar o acesso à justiça, por outro lado uma face nefasta passou a ser exposta para a sociedade brasileira, tendo em vista que o Poder Judiciário não estava preparado para receber essa excessiva gama de pretensões devido a precariedade da estrutura de sua estrutura, ocasionando visível morosidade no andamento processual, e via de consequência, desestímulos por parte dos cidadãos em buscar a garantia de seus direitos.

Neste contexto, observando as informações disponibilizadas no site do Conselho Nacional de Justiça, em 1988 havia cerca de 315 mil processos em curso, em contrapartida, o Relatório Justiça em Números 2021 do Conselho Nacional de Justiça apontou que o Poder Judiciário encerrou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação.

Se por um lado a confiança dos cidadãos no Poder Judiciário encontra-se demonstrada pelo grande número de processos ajuizados, por outro lado

reflete uma ameaça ao seu funcionamento, gerando desconfiança desses mesmos cidadãos .

Para Kazuo Watanabe “o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários. Assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, um acesso a uma ordem jurídica justa”. No mesmo sentido, Cambi considera que a ordem jurídica justa, com um processo jurídico de fato necessita de instrumentos que permitam reduzir a distância entre a normatividade e a efetividade.

Aliado ao mesmo raciocínio, Cappelletti , em sua obra *Acesso à Justiça*, enfatiza que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Não obstante aos fatos descritos, os números apresentados neste último relatório representam uma redução de 2 milhões de processos em relação a 2019, ocasionado pelo aumento da produtividade dos servidores públicos, mas também, em razão das práticas dos métodos consensuais de solução de conflitos que estão consolidados no cenário jurídico, especialmente no âmbito do Código de Processo Civil em vigor.

Entretanto, essa redução pouco contribuiu para alterar a concepção que a população possui da Justiça no que tange a reconhecida morosidade, originada em virtude da cultura do litígio surgida após a Constituição de 1988, a qual inviabilizou o uso judiciário como único meio de solução de conflito.

Preocupado em sanar esse uso descomedido, o Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça, instituiu em 2010 a Resolução 125, a qual estabelece em seu art. 1º , parágrafo único que os órgãos judiciários devem oferecer outros mecanismos de solução de controvérsia, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

A partir dessa resolução várias outras normas foram editadas, tendo início com a publicação da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 que alterou a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; que revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, disciplinando no art. 42 que a função de mediação poderá ser exercida também pelas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências, maximizando os métodos consensuais de conflito fora da esfera jurídica.

Embora haja ceticismos por alguns sob o fundamento de que a decisão judicial transitada em julgado traz maior segurança aos litigantes, na verdade houve aumento gradativo da busca por tais métodos. Como bem afirma Saucedo (2015, p. 121)

Mientras que los Métodos Pacíficos son médios para la resolución de conflictos en los que se fomenta la participación, responsabilidade propia y directa de los involucrados para que ellos mismos puedan encontrar uma solución o determinar la que más les convivene. Em dichos métdoso se privilegia la coope-ración, tolerância, empatia y el diálogo.

Neste contexto, o Conselho Nacional de Justiça complementou a norma disposta no art. 42 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 , estipulando di-retrizes gerais para o exercício da mediação pelos cartórios, delegando ainda às corregedorias estaduais e do Distrito Federal para que possam, por meio de outros provimentos, particularizar essa atividade em razão da necessidade e realidade de suas comarcas.

É certo que a implementação dos instrumentos para resolução de conflitos surge para complementar com excelência e efetividade a solidificação dos fenô-menos da desjudicialização e desburocratização no atual cenário nacional, pois, conforme relata Didier Jr. e Cunha (2016) :

Enquanto não for quebrada a ideologia estatal do ciclo vicioso recorrista, qualquer transformação que se faça, na tentativa de conter a sobrecarga de processos das Cortes Superiores, restará inoperante. O incentivo a métodos alternativos de resolução de controvérsias, tais como a mediação e a arbitragem, quando forem possíveis, ou ainda, o estímulo à solução de conflitos ainda na esfera administrativa são algumas das saídas extrajudiciais viáveis, para além das reformas de descongestionamento apresentadas anteriormente.

Em nada se confunde a delegação das atividades notariais e registrais dos modelos de concessão ou permissão, pois se trata de atividade jurídica do Estado, na dicção do art. 236 da Constituição Federal, e não simplesmente de atividade material, cuja prestação é transferida para os particulares mediante uma relação contratual, através de concessão ou permissão.

Desta forma, a delegação feita ao notário ou registrador é feita à pessoa natural, sendo atividade estatal, de natureza pública, cujo ingresso se dá por concurso público de provas e títulos, não por adjudicação em processo licitatório, sendo os seus titulares, fiscalizados pelo Poder Judiciário Estadual, não sendo, porém, servidores públicos e tampouco ocupando cargo público.

Devido à história da formação do Estado brasileiro, que inicialmente confiava o registro de imóveis aos “registros paroquiais” e, posteriormente, assumiu essa responsabilidade à medida que o Estado se desenvolvia, a atividade notarial e registral adquiriu uma presença nacional ampla e inegável, refletindo a transferência dessa função para o Estado. Além da sua abrangência, os serviços prestados pelos registradores e notários têm o propósito de aliviar e facilitar a prestação de um serviço de grande relevância para todos os brasileiros. Por exemplo, os serviços notariais, embora possam ser deficitários para seus titulares, são compensados pelos fundos públicos, garantindo assim uma renda

mínima digna para os agentes delegados e devendo estar disponíveis em todos os municípios do Brasil.

Nesse contexto de reformulação do acesso à justiça, é importante destacar as diferentes fases de reforma, como mencionadas na doutrina de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988). A primeira abordagem para melhorar o acesso à justiça foi a assistência judiciária, seguida pela implementação de reformas que visavam oferecer representação legal para interesses coletivos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor. A terceira fase, a mais recente, é o que podemos chamar de “abordagem de acesso à justiça”, pois incorpora as abordagens anteriores, mas vai além, representando uma tentativa de superar as barreiras ao acesso de uma maneira mais abrangente e articulada.

Ao mencionar as fases do acesso à justiça, Kim Economides (1999) destaca a crescente importância da terceira fase, que está ganhando cada vez mais relevância. Ele explica que a terceira fase, conforme proposta por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, abrange diferentes aspectos: a primeira se relaciona com a assistência jurídica, conhecida como “judicare”; a segunda está relacionada à justiça de interesse público, envolvendo a representação de direitos coletivos através de ações de classe e de interesse público; e a terceira, conhecida atualmente como a “abordagem de acesso à justiça”, engloba elementos como a justiça informal, o encaminhamento de casos fora do sistema legal formal e a simplificação das leis. De outra banda, os que pensam de forma diferente centram suas críticas aos serviços prestados pelos notários e registradores sob o enfoque do elevado custo dos serviços prestados.

Na nossa perspectiva, não há justificativa para essa posição, uma vez que a simplificação e eficiência proporcionadas pelos notários e registradores representam uma das principais qualidades desse sistema. Além disso, as taxas e remunerações dos notários são estabelecidas por leis elaboradas pelos legisladores em um ambiente democrático. Além disso, os serviços delegados são sujeitos à supervisão do Poder Judiciário.

Vale ressaltar que os serviços notariais aliviam os custos públicos, pois, caso contrário, o Estado precisaria manter uma estrutura especializada para oferecer esses serviços, o que aumentaria a burocracia administrativa e os custos gerais. Por último, devido às circunstâncias específicas do Brasil, o sistema atual garante que os serviços prestados pelos notários e registradores permaneçam imunes a influências políticas, devido à supervisão exercida pelo Poder Judiciário.

No caso dos cartórios de protesto, sua atuação também se apresenta como uma alternativa eficaz e útil, que resulta da colaboração entre o setor público e os responsáveis pelos serviços públicos. Neste sentido, a desjudicialização não implica na exclusão do sistema judicial, mas sim na adaptação às demandas sociais contemporâneas, com o objetivo de facilitar alternativas de acesso à justiça através de métodos variados de resolução de conflitos (CAMPOS, 2018, p. 831).

Feitas essas considerações, demonstra-se que o interesse é tornar cada vez mais visível a importância do sistema multiportas para a solução dos conflitos de interesses, tendo como enfoque principal o serviço prestado pelos notários e registradores, especificamente, pelos cartórios de protesto. Ao final se conclui que os objetivos de credores em receber seus valores são alcançados e, aos devedores, dá-se uma oportunidade de conciliar e negociar os valores pretendidos fora do Poder Judiciário.

3. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO MEIOS ADEQUADOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Dentre os métodos colocados à disposição se encontram a conciliação, mediação, negociação e a arbitragem os quais são os meios de resolução de conflito que mais se destacam, dentre os inúmeros meios existentes em nosso ordenamento jurídico.

Como meios alternativos, ou para alguns doutrinadores, meios adequados para outros, mas alheio a divergências doutrinárias, o que importa, neste momento é que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe importante inovação legislativa a ponto de destinar uma seção denominada “Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais”. Nestes termos leciona Daniel Amorim Assumpção Neves (2021, p. 381) :

A valorização das formas alternativas de solução dos conflitos já é demonstrada no art. 3º do Código de Processo Civil. Nos termos do § 2º, o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, enquanto o § 3º prevê que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo. O Código de Processo Civil, entretanto, não trouxe apenas disposições principiológicas no que se refere as formas consensuais de solução dos conflitos. Há uma seção inteira de um capítulo destinada a regulamentar a atividade dos conciliadores e dos mediadores judiciais (arts. 165-175), inclusive fazendo expressamente a distinção entre conciliação e mediação.

Ao fazer um recorde metodológico e considerando apenas a conciliação e mediação para o estudo, tem-se que ambos são considerados meios auto-compositivos para solução de conflitos e resolução de problemas. Neste óbice, autocomposição pode surgir de forma espontânea ou estimuladas, neste caso a conciliação e mediação, segundo Marinoni, Arenhat e Mítidiero.

Ao se observar os preceitos entabulados no art. 165, §3º do Código de Processo Civil, constata-se que, enquanto a conciliação é indicada quando não houver vínculo anterior entre os litigantes, sendo, nestes casos, permitido ao conciliador sugerir soluções para a resolução do conflito, na mediação é utiliza-

da em que os litigantes tenham algum vínculo anterior, sendo que, nestes casos, o mediador deve tão somente assessorar os envolvidos, auxiliando no restabelecimento da comunicação entre eles, e assim, possam entender as questões e interesses havidos no caso, facilitando a identificação da solução consensual adequada com benefícios mútuos.

Ou seja, nas palavras de Tarturce “a mediação é um meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação entre as pessoas e propiciar que elas possam, a partir da restauração do diálogo, encontrar formas proveitosas de lidar com os conflitos”. A conciliação por sua vez faz com que “o profissional imparcial intervenha para, mediante atividades de escuta e de investigação, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, podendo, se necessário for expor vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para controvérsia, sem, todavia, forçar a realização do pacto”.

Cumprir destacar que tanto a conciliação como a mediação, tiveram papel em nosso ordenamento jurídico, a ponto de serem consideradas obrigatórias para propositura de uma demanda, como previa a legislação trabalhista (1932) e a Lei n.º 968/49 quando da propositura de ações que versavam sobre desquite litigioso e de alimentos.

Por certo, ambas, embora não mais obrigatórias, contribuem com inúmeras vantagens àqueles que delas fazem uso, podendo-se destacar a celeridade na resolução do conflito, e conseqüente, a satisfação entre os envolvidos, redução significativa dos custos processuais, e a contribuição para o melhor funcionamento do Poder Judiciário.

4. PROVIMENTO N.º 67/2018 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Provimento 67, instituído em 26 de março de 2018 pelo Conselho Nacional de Justiça, estabelece regras envoltas a realização conciliação e mediação sobre direitos disponíveis ou indisponíveis passíveis de transação perante os serviços notariais e registrais.

Ao contrário dos Fóruns, em todo município há pelo menos uma serventia extrajudicial instalada, concedendo à população real acesso a justiça e meio para resolução de seus conflitos.

Importante ressaltar que os preceitos entabulados pelo provimento 67 não possuem caráter obrigatório aos cartórios, mas sim, facultativo. Ainda, não basta a serventia querer, de fato, implantar a conciliação e mediação no rol de serviços disponibilizados para a sociedade, pois há necessidade de cumprimento de certos requisitos, tais como frequência em cursos de formação em escolas judiciais, além de cursos de atuação.

Além do curso de formação, os conciliadores e mediadores autorizados a prestar o serviço deverão, a cada dois anos, contados da autorização, comprovar à Corregedoria Geral de Justiça e ao NUPEMEC a que estão vinculados, a realização de curso de aperfeiçoamento em conciliação e em mediação (art. 6º, §3º, Provimento n.º 67 Conselho Nacional de Justiça). Também se sujeitarão ao curso de aperfeiçoamento aquele que tiver realizado o curso de formação por entidade não integrante do Poder Judiciário (art. 6º, §4º, Provimento n.º 67 Conselho Nacional de Justiça).

Embora seja facultativo aos cartórios adotarem a realização destes serviços, os critérios inerentes à ordem jurídica, tais como imparcialidade, confiabilidade, sigilo e impessoalidade devem ser respeitados pelos funcionários capacitados para realizarem a conciliação ou mediação, ou seja, não deve prevalecer interesses particulares, nem mesmo contribuir para interesse de outrem.

Tais considerações recaem também às partes, prepostos advogados, assessores técnicos e terceiros que, embora não estejam sujeitas a obrigatoriedade destes serviços, face ao princípio da autonomia e vontade das partes, devem respeitar também os princípios e aspectos subjetivos inerentes a estes serviços, conforme caput do art. 30 e §1º da Lei nº 13.140 de 26 de junho 2015.

Contudo, uma vez implantado o serviço pela serventia extrajudicial e tendo uma das partes interesse pela resolução do conflito por meio da conciliação ou mediação perante a mesma, basta protocolar requerimento constando a qualificação completa das partes, dados suficientes para que a parte contrária possa identificar o convite, narrativa sucinta do conflito e, se houver, proposta de acordo.

Diante da concordância manifestada, caberá ao notarial conduzir a conciliação ou mediação de forma simples, a fim de facilitar o diálogo entre as partes, apresentando sugestões (em se tratando de conciliação) ou não.

Outra vantagem seria os custos para utilização desses serviços. O art. 36 do Provimento nº 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça prevê que os emolumentos devidos por cada sessão de mediação de até 60 (sessenta) minutos de duração realizada por serventias extrajudiciais serão equivalentes ao menor valor cobrado na lavratura de escritura pública sem valor econômico, mais acréscimo de valor proporcional caso a sessão de mediação ultrapasse esse tempo.

Entretanto, requerida a sessão, mas não realizada, será restituído o valor equivalente a 75% dos emolumentos pagos, ressalvando-se as despesas com a notificação, as quais não serão devolvidas.

Ainda, há possibilidades de isenção de custas, caso as partes se enquadrem nos requisitos da assistência judiciária. Neste caso, para não desestimular os cartórios, cumprirá a cada Tribunal fixar um percentual máximo de mediações gratuitas.

Importante destacar que, há restrições quanto àqueles que podem utilizar a conciliação e mediação das serventias extrajudiciais. Neste interim, preconiza o arti-

go 10 do provimento em estudo que “podem participar da conciliação e da mediação como requerente ou requerido a pessoa natural absolutamente capaz, a pessoa jurídica e os entes despersonalizados a que a lei confere capacidade postulatória”, devendo, sob pena de nulidade, estarem assistidas por advogado ou defensor público, caso não estejam, o procedimento será suspenso até que todos estejam devidamente assistidos, conforme art. 11, parágrafo único, do Provimento 67 CNJ .

Observações também recaem sobre o direito material que permeio o conflito, pois, segundo o art. 12 “[...] os direitos disponíveis e os indisponíveis que admitam transação poderão ser objeto de conciliação e de mediação, o qual poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele” .

Entretanto, tratando-se de direitos indisponíveis, porém transigíveis, a conciliação ou mediação pode ocorrer nos termos do referido provimento, desde que sejam, posteriormente, homologados em juízo, conforme previsão legal dos artigos 725, inciso VIII, do Código de Processo Civil e do artigo 3º, § 2º, da Lei nº 13.140/2015.

Dentro desse ambiente de ampla visão sobre os fatos e acontecimentos que vivenciamos há algum tempo, com a globalização, com os efeitos decorrentes da informática, com o acesso à justiça e a confirmação dos direitos fundamentais, e ainda, dentro de um enfoque transversal, deve-se buscar em searas fora dessas fronteiras a fundamentação para afastar os pensamentos que não convergem para a conciliação.

Conforme afirmado por Zygmunt Bauman, para proporcionar à esfera pública uma oportunidade de renovação, a habilidade essencial é a interação com os outros, que envolve a capacidade de manter um diálogo, negociar, buscar compreensão mútua e gerenciar conflitos inerentes a qualquer forma de convivência.

A experiência cotidiana dos advogados e a proximidade da Justiça cegam a profissão jurídica em relação a concepções mais profundas de justiça (interna ou social) e, conseqüentemente, fazem com que a profissão ignore a relação entre justiça civil e justiça cívica, “assim, indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico .

Dito isso, cumpre destacar que, no caso em análise, cabe à serventia, a responsabilidade pelo encaminhamento para a homologação, assim como, posteriormente, pela entrega do termo homologado às partes.

5. DA SIMILARIDADE COM A MEDIAÇÃO JUDICIAL E POSSIBILIDADE DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS ATUAREM COMO CEJUSCS

As serventias extrajudiciais de acordo com a Lei nº 8.935/94 e definição de Rodrigues e Ferreira , são estabelecimentos nos quais se presta serviços no-

tariais e de registro, com organização técnica e administrativa que garantem a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos e negócios jurídicos.

Criadas com as capitânias hereditárias, no período colonial, os cartórios extrajudiciais possuem papel importante no que tange a sua função social em relação a desburocratização e à desjudicialização, e que vêm ganhando cada vez mais espaço, como mencionado anteriormente.

As necessidades e transformações quanto ao acesso à justiça ocorridas nos últimos anos estão fazendo com que os cartórios tomem um lugar privilegiado no cenário jurídico nacional, realizando procedimentos que a tão pouco tempo eram exclusivos do Poder Judiciário, tais como divórcio extrajudicial, o reconhecimento de paternidade e maternidade socioafetiva e inventário extrajudicial, e usucapião. Por certo, este cenário trouxe significativo auxílio às serventias judiciais, e, especialmente, ao acesso à justiça.

Aliados a estes serviços, o Conselho Nacional de Justiça, por meio do Provimento n.º 67 de 26 de março de 2018, concedeu as serventias extrajudiciais a possibilidade de oferecerem serviços de Conciliação e Mediação, com objetivo de aumentar o acesso à justiça e auxiliar as serventias judiciais quanto a diminuição dos processos judiciais.

Neste contexto, dispõe o referido provimento em seus arts. 1º e 2º, a faculdade dada aos serviços notariais e de registro do Brasil para realização de procedimentos de conciliação e de mediação; cabendo, segundo art. 3º, às Corregedorias-Gerais de Justiça do Distrito Federal, Estados e Territórios o fornecimento de lista das respectivas serventias extrajudiciais que estejam autorizados a realizar os procedimentos de conciliação e de mediação, mencionando, ainda, os nomes dos conciliadores e mediadores através de modo eletrônico.

Semelhante ao que ocorre com os mediadores judiciais, as serventias extrajudiciais devem, de acordo com os arts. 4º e 5º, indicar até cinco escreventes da respectiva serventia, desde que estejam cadastrados junto ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal – Nupemec, permitindo, assim, uma certa ingerência pelos Tribunais através da Corregedoria-Geral de Justiça e pelo juiz coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusc; tal como ocorre nas mediações judiciais.

A comparação entre os procedimentos judicial e extrajudicial, porém, não se restringe apenas aos artigos mencionados anteriormente, isto porque, exige-se dos escreventes que atuarão como mediadores a conclusão não apenas do curso de mediação, mas também de cursos para aperfeiçoamento a cada dois anos (art. 6º), assemelhando-se às exigências para o exercício da mediação judicial.

Tais exigências, aliás, permitiu, que os Tribunais (por meio da Recomendação n.º 28 de 17 de agosto de 2018 do Conselho Nacional de Justiça) celebrassem convênios com as serventias extrajudiciais, a fim de possibilitar o credenciamento destas como CEJUSCS, e, conseqüentemente, poderem realizar a

mediação judicial prevista no art. 334 do CPC, mesmo que em suas respectivas dependências, ou seja, fora das instalações físicas do fórum.

Assim, considerando que nem todos os municípios brasileiros contam com uma estrutura física de um fórum, as serventias extrajudiciais, ao contrário, podem ser localizadas em todos os municípios, oferecendo ambientes de fácil acesso e com estruturas mais simples, justamente para atender o público em geral, propiciando, em certos casos, uma familiaridade maior entre as partes litigantes e o serventuário extrajudicial, e via de consequência, maior possibilidade de autocomposição entre elas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se buscou estabelecer no presente trabalho, a desjudicialização é uma necessidade incontestável quando falamos em acesso à justiça, pois, levando-se em consideração a significativa extensão territorial do Brasil, aliados a inexistência de Fóruns em todos os Municípios, e via de consequência a indisponibilidade dos serviços da Defensoria Pública, Ministério Público ou qualquer outro órgão, denota ao cidadão com menor poder financeira uma sensação de injustiça face a dificuldade de buscar o judiciário para salvaguardar os seus direitos.

Por outro lado, considerando que em qualquer um dos Municípios existentes no Brasil há ao menos uma serventia extrajudicial faz surgir a expectativa de que o conflito existente pode ser solucionado, principalmente pelo fato de que os envolvidos passam de meros coadjuvantes para protagonistas.

Diversas são as vantagens na utilização desse modelo, sendo as que mais se destacam a diminuição do volume de litígios tramitando no Poder Judiciário, empoderamento dos conflitantes, uma vez que terão maior consciência de seus direitos e assim defendê-los.

Cediço que os trabalhos realizados pelos cartórios denotam um certo grau de excelência e principalmente, celeridade. A realização de arrolamentos ou divórcios outrora autorizados, comprovam essas qualidades. Todavia, a mera implantação, ou disponibilização desse modelo à nossa sociedade por si só não basta.

A instituição da autorização de atuação das serventias extrajudiciais na resolução de conflitos, não vem sendo utilizado como de fato se esperava, seja pelo escasso conhecimento da população quanto a esta possibilidade, seja pela reticência dos cartórios em adotarem esses serviços.

7. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, R. A.; ALMEIDA, T.; CRESPO, M. H. (Organizadores). Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

CAMPOS, Adriana Pereira. Mediação Escolar como Caminho para a Desjudicialização: Potencialidades. Argumentum, Marília, v. 19, n. 3, set./dez. 2018. p. 831.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 12.

CAMBI, E. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

CAPPELLETTI, M. GARTH, B. O Acesso à Justiça, Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Editora Fabris, 1988. Disponível em <<https://www.ibr.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>>. Acesso em: 25 jul. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988 p. 31.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, L. C. Julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2016.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: CIDADANIA, JUSTIÇA E VIOLÊNCIA, Organizadores Dulce Pandolfi... [et al]. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. 248p. p. 71.

Estudo sobre constitucionalismo contemporâneo: uma homenagem ao Professor Francisco Pedro Jucá / coordenação geral Anísio Monteschio Junior... [et. al]; coordenação acadêmica Bernardo Silva de Seixas... [et. al], Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NADER, P. Introdução ao Estudo do Direito, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016

PELUSO, C. Mediação e conciliação. Revista dos Tribunais, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 30. 2011.

RODRIGUES, F. L.; FERREIRA, P. R. G. Tabelionato de Notas. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil - volume único. Salvador: Juspodium, 2021, p. 381.

SANTOS, R. G. Políticas Públicas de Efetivação da Mediação pelo Poder Judiciário e o Direito Fundamental de Acesso à Justiça no Brasil. 2016. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Disponível em: <http://repositorio.fdv.br:8080/bitstream/fdv/237/1/ricardo-goretti-santos.pdf>>. Acesso em: 10 jun.2028.

SAUCEDA, J. B. P. Cultura de Paz y Resolución de Conflictos: La importancia de la mediación de la construcción de un Estado de paz. Ra Ximhai, vol. 11, núm. 1, enero-junio 2015, pp. 109-131. Universidad Autónoma Indígena de México. Disponível em: <<http://redalyc.org/pdf/461/46139401006.pdf>> Acessado em 25 de jul. 2022.

TARTUCE, F. Mediação nos conflitos civis. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ANOREG BR, 2018, on-line. Disponível em <https://www.anoreg.org.br/site/>, acesso em 22 de março de 2023.

Legislação

BRASIL. Lei nº. 13.140/2015. Brasília, 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em 30 abril. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 21 mai. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento N° 67, de 26 de março de 2018. Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/provimento-67-cnj-cartorios-mediacao.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 28, de 17 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3527>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BREVES REFLEXIONES A 30 AÑOS DE LA INCLUSIÓN CONSTITUCIONAL DEL FUERO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO BONAERENSE

Por Guillermo F. Rizzi

Sumario: 1. Datos iniciales y complementarios.- 2. Referencias a la evolución constitucional. Primeras ideas de descentralización del Fuero.- 3. La reforma constitucional de 1994 y la puesta en marcha del nuevo Fuero Procesal Contencioso Administrativo a partir de 2003.- 4. Breves aportes para la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el ámbito contencioso administrativo. 4.1. Criterios generales. 4.2. Procedimiento Ordinario en Segunda Instancia. 4.3. Competencia. 4.4. Mecanismos de composición, integración y subrogancias.- 5. Primeras conclusiones.-

1. DATOS INICIALES Y COMPLEMENTARIOS.

En Argentina, entre agosto y septiembre de este 2024, se cumplen 30 años de las reformas constitucionales tanto federal como de mi provincia. En cada foro que las recuerda, cuando se habla de la constitucionalización del Fuero Contencioso Administrativo (en adelante FCA), resulta imposible no hacer referencia a un conocido fallo de la Suprema Corte provincial que, a través de la presentación de una acción de amparo realizada por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, ordenó al gobierno de aquel momento la efectiva puesta en marcha del Fuero. De allí, inmediatamente surgen dos cuestiones, una controversial y otra contra fáctica, por un lado, en controversias los juristas se preguntan que hubiera pasado si el Estado provincial se negaba a cumplir esa sentencia, como se hubiera ejecutado?; por el otro lado, desde lo contra fáctico, se preguntan si en ausencia de ese fallo alguna vez se hubiera puesto en marcha el FCA. Obviamente no hay una respuesta certera, sin embargo entiendo que

si luego el legislador bonaerense ha sancionado, por ejemplo, una norma que establece un fuero tributario hace más de diez años y ya ni siquiera se habla del tema pues no está su efectiva puesta en marcha en la agenda de nadie, resulta bastante posible que quizás seguirían batallando los administrativistas bonaerenses contra las inmunidades del poder.

Cierto es que, en la Provincia de Buenos Aires, rige de manera efectiva desde el año 2003 el Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante CCA) por ley 12.008 reformada por la hija putativa de aquel fallo, la ley 13.101, que prevé un enjuiciamiento a la actividad del Estado en sentido lato, lo que incluye también a los órganos municipales y entidades privadas que presten servicios públicos, como consecuencia básicamente de esa reforma constitucional de 1994.

La relevancia del tema elegido intenta ser un pequeño aporte para el estudio de posibles cambios en orden a las necesidades que pudieran gestarse a partir de la Comisión Permanente del Mapa Judicial de la Provincia de Buenos Aires, con el fin de hacer efectivos los postulados del artículo 15 de nuestra Carta local, por medio de la sanción de la ley 15.044¹, pero al mismo tiempo se transforma en una crítica al sistema procesal federal argentino, ya que allí no contamos con un código procesal en lo contencioso administrativo, sino que nos regimos mediante el Código Procesal Civil y Comercial² y un título agregado al decretoley 19.549, de procedimientos administrativos, con vigencia desde 1972³ y que ha recibido muy recientemente algunas reformas a través la llamada “Ley de Bases” 27.742. O sea que, parafraseando, para los juicios contenciosos en el Estado federal nos seguimos rigiendo por el título aislado de una ley de procedimientos administrativos, algo bastante difícil de explicar a los alumnos de las universidades argentinas.

Hoy, las denodadas críticas irreflexivas sobre el Estado elefantiásico permiten una visión paralela que revela al Estado conscientemente ausente como el paradigma de la gestión eficiente y hacen que nos genere mas preocupación esta nueva huída del derecho administrativo que propone la nueva administración de la gestión de la cosa pública en Argentina, al menos desde diciembre de 2023 donde observamos un agotador “corso e ricorso”, que propone viejas recetas que fallaron ampliamente en similares escenarios, lo que me deja preliminarmente la sensación “deja vu” pues resulta innegable que estamos ante nuevos (viejos) vientos que, cual canto de sirenas, hoy vuelven a aparecer prometiendo

¹ Ley 15.044, promulgación decreto 963/18 del 30/08/2018 y publicación el 5/09/2018; B.O. 23851, que deroga además la ley 13.778.

² Complementado por la ley 26.854 en lo relativo a medidas cautelares.

³ Es importante recordar que los gestores de aquel decreto, agregaron tal capítulo para que rija de manera absolutamente provisoria, ya que al mismo tiempo se gestaba el proyecto de código procesal de 1974/75 que, como sabemos, jamás vería la luz.

soluciones individuales a los problemas colectivos. Sin embargo, entiendo que la experiencia debería indicarnos que si los síntomas son iguales a los de antaño, las mismas recetas aplicadas anteriormente no van a ofrecer mejores resultados. Me animo pues a insistir con la necesidad de pensar, o repensar si fuera necesario, un Estado cuyas funciones estén orientadas a la producción de bienestar general, pues de lo contrario será aún mas difícil afianzar la Justicia.

2. REFERENCIAS A LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL. PRIMERAS IDEAS DE DESCENTRALIZACIÓN DEL FUERO⁴.

La referencia hacia la evolución constitucional me llevará a la Constitución del Estado de Buenos Aires de 1854, ya que fue un Estado que se mantuvo separado de la Confederación Argentina hasta 1860. Se establecía en el artículo 129 un sistema concentrado del tipo judicialista, donde las causas contenciosas de hacienda y las que nacerían de los contratos que se celebraran entre los particulares y el gobierno, serían juzgadas por un Tribunal Especial. En tanto éste no fue creado, la competencia originaria fue ejercida por el Superior Tribunal de Justicia, según lo dispuso la ley 166 dictada en el año 1857.

La Constitución de 1873 se dictó cuando la Provincia de Buenos Aires ya integraba el Estado nacional, estructurando un sistema que luego sería copiado por la mayoría de las demás Provincias, lo que la llevó a constituirse ya en aquellos últimos años del S. XIX en el faro que alumbraría los más grandes desafíos en la materia.

El juego de los artículos 156 inciso 3 y 218 dispuso la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia, en única instancia y juicio pleno, previa denegación de la autoridad administrativa competente, fijándose un plazo perentorio de un mes para deducir la acción⁵.

En el año 1889 se produjo una nueva reforma constitucional en la Provincia donde aquél pasó a ser el artículo 157, que no sufrió mayores modificaciones en su inciso 3, sin embargo debemos destacar el agregado del concepto de retardación, pegado al de denegación, que admite el acceso a la jurisdicción por silencio. La cláusula transitoria inserta en el artículo 222 establecía un plazo de 30 días para interponer la demanda y aclaraba respecto del silencio (lo llamaba recurso

⁴ El esquema de trabajo sigue al propio y sus citas, publicado en el Tratado de las Medidas Cautelares, edición 2012, Revista La Ley, Argentina.

⁵ La dimensión que toma este artículo sólo es posible determinarla si se toma en consideración que en Francia la responsabilidad pública estatal se apoya en dos regímenes: a) la responsabilidad subjetiva como consecuencia de una falta y b) la responsabilidad objetiva o de pleno derecho (desde 1895). La primera de ellas fue la que ese mismo año, 1873, reconocía el Consejo de Estado a través del famoso “arret Blancó”. El constituyente bonaerense, como puede observarse, generaba legislación de avanzada para aquella época.

de retardación) que en tal caso la acción podría deducirse después de seis meses contados desde la fecha en que el asunto se encontrara en estado de resolver.

Ya en el Siglo XX la Carta provincial fue modificada nuevamente en tres oportunidades.

La primera de ellas fue en 1934 y la materia contenciosa fue incluida una vez más en su texto, en el artículo 149 inciso 3, que no tuvo mayores modificaciones debido a que la ley 2.961, conocida como “Código Varela”, ya regía desde 1906.

Este dato nos obliga a remarcar el avance de esta Provincia argentina en materia contenciosa, ya que desde principios del S. XX teníamos en plena vigencia un código procesal en lo contencioso administrativo que, acompasado a la Constitución de aquel momento histórico, reglamentaba la idea de justicia “retenida” en manos de la Suprema Corte Provincial, pero mediante un proceso ordinario pleno, el recordado “contencioso al acto” que, si bien riguroso en su concepto, ya preveía por ejemplo el silencio administrativo como idea de avanzada para su configuración.

En 1949 asistimos a una reforma constitucional a nivel nacional y otra a nivel provincial, pero también aquí la materia contenciosa quedó conformada con pocas modificaciones de redacción más que de fondo. El artículo 126 inciso 3 mantenía básicamente la competencia en cabeza de manera originaria de la Suprema Corte de Justicia y establecía que una ley determinaría el plazo y el procedimiento para deducir este tipo de demandas.

Las primeras ideas de descentralización en un fuero especializado aparecieron con la fallida reforma provincial de 1990 que no establecía modificaciones al texto vigente desde 1934, pero debe destacarse que suprimía la competencia originaria de nuestro Superior Tribunal provincial para delegarla en tribunales en lo contencioso administrativo, imponiendo su organización a la Legislatura, según lo disponía el proyectado artículo 154. La mayoría de las Provincias argentinas siguen el sistema de la cláusula general para atribuir la jurisdicción contenciosa.

3. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA PUESTA EN MARCHA DEL NUEVO FUERO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO A PARTIR DE 2003.

Como adelanté *ut supra*, en 1994 hubo una reforma constitucional nacional y otra en la Provincia de Buenos Aires. El artículo 166 de la Constitución provincial en su quinto párrafo⁶, estableció la creación del fuero contencioso

⁶ Artículo 166.- La Legislatura establecerá tribunales de justicia determinando los límites de su competencia territorial, los fueros, las materias y, en su caso, la cuantía. Organizará la Policía Judicial. Asimismo podrá establecer una instancia de revisión judicial especializada en materia de faltas municipales. Podrá disponer la supresión o transformación de tribunales, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 176 y la creación de un cuerpo de magistrados suplentes, designados

administrativo, con sus características apoyadas sobre cuatro columnas fundamentales: “descentralización” por oposición a la idea de justicia contenciosa retenida solo en cabeza de la Suprema Corte de Justicia; “inmediación” porque las personas ya no tienen que acercarse a litigar hasta la capital provincial⁷; “accesibilidad” en materia de tutela judicial continua y efectiva; y “especialización” a través de la creación de un Consejo de la Magistratura, lo que derivó en el nombramiento de jueces especializados en la materia contenciosa.

La cláusula constitucional dio paso entonces a la sanción de las leyes 12.008⁸ y 12.074⁹ en cumplimiento de la manda establecida por los artículos de vigencia transitoria 215¹⁰ y 217¹¹ de la nueva Carta local, que establecían la necesidad de que la Suprema Corte de Justicia mantenga transitoria y residualmente el trámite de las causas, por un lado y la designación de los jueces y camaristas del Fuero, por el otro. Todo ello, sumado a la garantía establecida en el artículo 15¹², ha generado el desarrollo y conformación del contencioso

conforme al artículo 175 de esta Constitución, del que dispondrá la Suprema Corte de Justicia para cubrir vacantes transitorias. La ley establecerá un procedimiento expeditivo de queja por retardo de justicia. **Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa** (el resaltado es nuestro).

⁷ La capital de la Provincia, ciudad de La Plata, se encuentra distante a 400km de Mar del Plata, 800km de Bahía Blanca, 500km de Trenque Lauquen, etc. Y la Provincia cuenta con 135 municipios, todos sus habitantes -que son actualmente cerca de 16 millones-, solo podían litigar en lo contencioso en la ciudad capital.

⁸ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (CPCA -ley 12.008-): Promulgación por Dec. N° 3.444 del 17 de octubre de 1997. Publicación en B.O. 03-XI-97 (SUPLEMENTO) N° 23.472.

⁹ FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: Promulgación por Dec. N° 34 del 07 de enero de 1998 (CON OBSERVACIONES) y Publicación de los días 26 y 27-I-1998 (B.O. N° 23.519).

¹⁰ Artículo 215.- La Legislatura establecerá el fuero contencioso administrativo antes del 1 de octubre de 1997 y sancionará el Código Procesal respectivo, para su entrada en vigencia conjunta. Hasta tanto comiencen las funciones de los tribunales en lo contencioso administrativo, la Suprema Corte de Justicia decidirá, en única instancia y juicio pleno, todas las causas correspondientes al referido fuero que se hubieren iniciado, hasta su finalización. (Corresponde al artículo 166).

¹¹ Artículo 217.- Se mantiene la vigencia del anterior sistema de designación de magistrados y funcionarios del Poder Judicial, por el plazo máximo de dos años. La presente cláusula no regirá para la designación de los jueces que integren el nuevo fuero contencioso administrativo. (Corresponde al artículo 175).

¹² Artículo 15.- La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.

administrativo provincial que toma en especial consideración las ideas de la justiciabilidad efectiva de los derechos, bajo una tutela continua y sometida a un escrutinio estricto por parte de la sociedad.

Es que la posibilidad de juzgar casos o causas ha generado el abandono definitivo de la justicia revisora de actos administrativos, marcando el final del llamado “contencioso al acto”.

Hoy es posible enjuiciar la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, lo que incluye a los poderes legislativo y judicial cuando no legislan ni juzgan, con la sola limitación de que se encuentren en el ejercicio de una “función administrativa”, adoptando entonces un criterio predominantemente objetivo o material (normativo-material, según algunos autores -debido a la idea de aquello “regido por el derecho administrativo¹³”- por oposición al sistema subjetivo donde lo que importa es la sola presencia del Estado) lo que incluye la actividad desplegada por los concesionarios de servicios públicos o cualquier otra entidad privada que la lleve a cabo.

La ley que organiza el FCA (12.074) establece como mínimo un juzgado en lo contencioso administrativo por Departamento Judicial y la disposición de Cámaras Regionales de Apelación en lo Contencioso Administrativo que actualmente son cuatro, junto a la casación extraordinaria, común a las demás ramas judiciales, que permite la interposición de hasta tres recursos extraordinarios ante la Suprema Corte de Buenos Aires; mientras que el CCA (ley 12.008) establece un sistema conformado por pretensiones no taxativas, todas previo una especie de habilitación de la instancia mediante el estudio de sus presupuestos de admisibilidad (legitimación, agotamiento de la vía procedimental, silencio administrativo, plazos de caducidad y pago previo), el establecimiento de un proceso general u ordinario y de varios procesos especiales a elección -en principio- del justiciable.

Para poder ponerse en práctica efectiva desde el año 2003, cuando estaba previsto para 1997, el sistema estuvo siempre bajo la mira del poder ejecutivo provincial y en especial de los ejecutivos municipales, que prevenían que este nuevo sistema literalmente paralizaría a las administraciones públicas. De hecho, algunos autores lo veían exactamente al revés, ya que sostenían que iba a ser “un fuero hecho a la medida de los ejecutivos”, debido a que permite la acción judicial del Estado para la ejecución de tributos provinciales lo que, a más de 20 años de la puesta en marcha del Fuero, muestra una estadística aproximada del noventa por ciento de las causas de este tipo en trámite¹⁴, situación que hace

¹³ Este es un concepto que responde a la llamada “contrareforma” que, mediante la sanción de la ley 13.101, llevó adelante el ejecutivo provincial de 2003 intentando limitar ese amplio e indeterminado concepto de “función administrativa”, restringiéndolo además en el art. 1 de la ley 12.008 a los casos “regidos por el derecho administrativo”.

¹⁴ Fuente web de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, donde puede observarse hasta 2023 inclusive, <https://www.scba.gov.ar/estadisticas.asp?opcion=49>

que pensemos si estos últimos tenían o no razón en sus planteos porque como decíamos mas arriba, se ha creado también un Fuero de Ejecuciones Tributarias que nunca se puso en marcha y podría descomprimir totalmente esa situación.

Se encuentra caracterizado por la posibilidad de judicializar casos de empleo público y/o previsional, contratos administrativos, etc., con un amplio esquema cautelar y en materia de prueba con la inserción de la audiencia preliminar que es una suerte de oralidad agregada a un sistema básicamente escrito y la “averiguación” de la verdad material que implica en los hechos mas que una simple investigación, todo ello desarrollado frente a jueces especializados en la materia y junto a una amplia legitimación pensada sobre la base de situaciones jurídicas subjetivas y el concepto general de “afectado” (art. 43, CN), que permite un amplio acceso a la tutela continua y efectiva (art. 15, CP), lo que incluso permitió reconceptualizar la idea vetusta tripartita de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple de la legislación procedimental, a la luz de la jurisprudencia de este nuevo Fuero.

Tal fue el impacto generado por estas nuevas ideas que -al sólo título ejemplificativo que nos ayude a comprender la dimensión que ahora adopta el FCA bonaerense-, alcanza con señalar que la Suprema Corte de Justicia provincial tuvo que declarar la operatividad del sistema¹⁵ en el año 2002 mediante el fallo “Consortio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca” y, en 2003, ordenar al poder ejecutivo provincial a través de la acción de amparo interpuesta por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires destacada mas arriba, la puesta en marcha efectiva del sistema lo que recién sucedió a partir de mediados del mes de diciembre del año 2003.

En el año 2023 entonces fueron celebrados los primeros 20 años del FCA en nuestra Provincia¹⁶, señera en esta materia, porque no dejamos de resaltar que desde 1906 mientras en la justicia federal se seguía discutiendo la demandabilidad del Estado,

¹⁵ A partir de lo resuelto en la causa B. 67.745, “Consortio de Gestión Puerto de Bahía Blanca c/Pentamar S.A. y H.A.M. Sucursal Argentina S.A. s/Proceso urgente de medida autosatisfactiva y medida cautelar”, una Resolución del 23 de octubre de 2002 donde se dejó en claro que el carácter revisor propio de la competencia originaria que la Suprema Corte tiene atribuida por mandato constitucional (art. 215, 2º parte de la Constitución provincial) ya no es predicable para el régimen de enjuiciamiento de los casos administrativos, a tenor de lo dispuesto por la nueva cláusula constitucional de la materia, además de que el artículo 166 de la Constitución provincial no reconoce límites a la configuración de la materia en razón de la posición procesal de “la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas” cuya conducta suscita el conflicto sometido a enjuiciamiento. No cabe desplazar la competencia contencioso administrativa, dice el Supremo Tribunal, por la circunstancia de que una entidad pública revista la condición de parte actora y plantee pretensiones contra particulares en el marco de un contrato de obra pública que los vincula.

¹⁶ Puede ampliarse esta información ingresando al mini sitio web de la SCBA <https://www.scba.gov.ar/20aniversarioFCA.asp> donde se comparten diversas visiones de reconocidos juristas sobre el tema.

aquí no sólo el mismo era demandable sino que tenía que enfrentar un proceso que, para la época, significó un gran avance en materia de acceso efectivo al poder judicial¹⁷.

4. BREVES APORTES PARA LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL EN EL ÁMBITO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Una primera intervención debería enfocarse sobre la posibilidad de establecer una Ley de Autarquía para el Poder Judicial provincial, de tal manera las funciones de coordinación con el Ministerio de Justicia¹⁸ y consecuentemente su injerencia sobre los diferentes y muy variados temas, determinarían las mayores -o menores dependiendo del tema-, posibilidades reales -o profundas- de reforma. Al mismo tiempo debe aclararse que estas ideas son preliminares y no abarcan todas las posibilidades de reforma.

4.1. Criterios generales.

A más de las propias funciones de la Suprema Corte de Justicia y/o del Ministerio Público en su caso, deberían amalgamarse todas las leyes que establecen diferenciaciones de Fueros para establecerlas o implementarlas a través de una nueva -y única- legislación.

En el sistema del FCA, además de la actual Ley Orgánica¹⁹, como dije mas arriba rige la ley 12.074 que, con sus modificaciones²⁰, organiza el Fuero en lo Contencioso Administrativo provincial. La futura legislación debería subsumirla, más allá de las modificaciones que aquí pudiéramos sugerir.

En la Provincia de Buenos Aires se encuentra además prevista la puesta en marcha del Fuero de Ejecuciones Tributarias²¹, en un esquema que a simple vista y luego del paso de casi quince años, se ofrece como muy difícil de im-

¹⁷ Me refiero al llamado “Código Varela”, que rige incluso hoy para algunos temas y desde el año 1906.

¹⁸ Ver ley 15.044, cit.

¹⁹ Ley 5.827.

²⁰ Artículo 2º de la Ley 12.074 (texto según Ley 12.310): “Créanse en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, las Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, con competencia para entender como Tribunal de alzada en las causas previstas en el artículo 166, último párrafo, de la Constitución de la Provincia, con el alcance establecido en el Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley 12.008) y en las ejecuciones de créditos fiscales de naturaleza tributaria; en instancia originaria y juicio pleno, en las demandas promovidas contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas de la Provincia y sentencias definitivas del Tribunal Fiscal de Apelación, con aplicación de las reglas del juicio ordinario, establecido en el Título I, artículos 1º a 66 del Código Procesal Contencioso Administrativo.”

²¹ Ley 13.435 que crea el Fuero de Ejecuciones Tributarias, con competencia en las ejecuciones de los créditos fiscales por tributos, sus accesorios y sus multas de la Provincia o Municipalidades contra sus deudores, en las medidas cautelares autónomas que se soliciten anti-

plementar, debido a cuestiones políticas, de presupuesto y de infraestructura. Incluso se ha hablado en los últimos años, de la necesidad de crear un Fuero con competencia exclusiva en materia ambiental y de uno con competencia exclusiva sobre temas de usuarios y consumidores²². Toda esta discusión podría ser zanjada con la implementación de un Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario, a semejanza de la forma de organización que rige en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

De tal modo, con objetivos posibles, sin necesidad de nombramientos y/o selecciones de nuevos jueces, pero mediante la puesta en marcha de estructuras, tanto de personal como edilicias, hoy no previstas desde el punto de vista del presupuesto asignado al Poder Judicial²³, se ofrecerían respuestas significativas, simplificadas y efectivas en el corto y mediano plazo, debiendo preverse sólo modificaciones de estructura funcional en los actuales juzgados, como es la mayor disposición de personal y de infraestructura²⁴, la creación de nuevos juzgados solo en los Departamentos Judiciales cuyo nivel de aumento en la litigiosidad²⁵ sea manifiesto, y la creación de Salas en las Cámaras Regionales²⁶, como objetivo de mínima²⁷.

cipadamente en su resguardo y en el proceso de conocimiento posterior. Y establece comoalzada a las actuales Cámaras Regionales de Apelación en lo Contencioso Administrativo.

²² En los últimos años se ha volcado bastante jurisprudencia sobre este tema, más específicamente en cuestiones vinculadas a las competencias ejercidas por el juez de faltas y el efecto del daño directo.

²³ Por ello se insiste con establecer, a la hora de las propuestas para una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, la posibilidad de implementar un esquema de Autarquía para el Poder Judicial provincial, ya que ello garantizaría, además, mayores niveles de independencia y división de poderes.

²⁴ Un mínimo relevamiento hace notar la falta de personal en los órganos judiciales contenciosos, al menos para dar respuesta efectiva y eficiente al crecimiento litigioso tributario, sólo provincial hasta ahora, por eso considerando que en varios departamentos judiciales del interior la estadística revela que alrededor del noventa y cinco por ciento de las causas que se inician son tributarias, sostengo la posibilidad de implementación de una reforma, estableciendo el Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario que, sin vaciar de contenido “lo contencioso”, pase a desempeñar un rendimiento efectivo, eficiente y, al mismo tiempo, flexible y simplificado.

²⁵ Se agrega que en los últimos años la mayor litigiosidad se ha dado, primordialmente, en los apremios provinciales, hecho destacado por la Gobernadora Vidal en su visita de fin del año 2017 a la Fiscalía de Estado de la Provincia y el número final observado en las estadísticas que señalábamos mas arriba y que arrojaba ese año mas de 101.000 juicios iniciados por el Estado.

²⁶ Así se ha hecho a través de la sanción de la ley 15.400, con la creación de una nueva Sala de tres jueces para la Cámara Regional con asiento en la ciudad capital provincial de La Plata, la cual se encuentra para agosto de 2024 aun en proceso de selección y futura designación de sus integrantes. Para mayor información ver fuente web: <https://www.cmagistratura.gba.gov.ar/index.php/node/3070>

²⁷ Se propone de este modo a la luz de la derogación -mediante la sanción de la ley 14.901- de una nueva Cámara Regional de Apelación, prevista originariamente para el Departamento Judicial Lanús-Avellaneda.

4.2. Procedimiento Ordinario en Segunda Instancia.

Resulta necesario establecer también modificaciones sobre el tratamiento de las causas que tramitan ante las Cámaras Regionales de Apelación como única instancia judicial, estableciendo taxativamente los casos en que resulte necesario un procedimiento ordinario ante ellas, dejando en claro las indicaciones que la Suprema Corte de Justicia provincial ha dictado de manera pretoriana pero que no han sido receptadas en todos estos años por el legislador²⁸.

4.3. Competencia²⁹.

En materia de competencia territorial no resultaría criticable en principio el sistema actual de distribución geográfica adoptado por este Fuero, pero debería gestionarse siempre en favor de la descentralización, que es uno de los pilares del sistema³⁰.

En cuanto a la competencia material, más allá de los avances observados como consecuencia de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia provincial sobre el tema, podría implementarse alguna modificación que, desde la letra de ley, establezca qué debe entenderse por “función administrativa”, ya que aún pueden observarse casos no resueltos en la instancia con claridad³¹ y que ocasionan una lentificación en los procedimientos de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva.

4.4. Mecanismos de composición, integración y subrogancias.

Se han observado en este ámbito diversas cuestiones vinculadas a estos mecanismos. Por fuera de la necesidad de integración con jueces mediante criterios de especialidad de acuerdo a la materia en litigio, deben preverse las situaciones de subrogancias, ante eventos coyunturales y/o políticos que no permitan cubrir los cargos con la inmediatez que este nuevo sistema requiere³². En

²⁸ Específicamente me refiero al carril del art. 74, ley 12008, y la jurisprudencia que emana de los casos “Colegio de Bioquímicos” (2008); “Giannino” (2009) u “Orbis Mertig” (2010), entre otros.

²⁹ Algunas de estas futuras medidas dependerán también de una modificación sobre la ley 12.008.

³⁰ En esta materia la Suprema Corte de Justicia provincial ha sentado su criterio a partir de la causa “Saráchaga”, de abril del año 2016.

³¹ Pueden observarse algunos temas referentes a la obra social de la Provincia -IOMA-; hábeas data; faltas provinciales; Colegios y Cajas profesionales; daño ambiental; violencia de género; causas de contenido ambiental; función judicial y/o legislativa, entre otras.

³² Debe destacarse que, si bien se promueve la prevalencia del criterio de especialidad del juez, es cierto que en casos de plazos excesivos, debería implementarse algún mecanismo

tal sentido, puede proponerse que, una vez superado un plazo a determinar³³ se integre el órgano de manera obligatoria con un juez suplente ya que, de la manera en la que actualmente se hace, se pone al Poder Judicial en riesgo de incurrir en denegación de justicia, situación que no sería tolerable a la luz de la nueva legislación que se propone³⁴.

5. PRIMERAS CONCLUSIONES.

Los ciudadanos deben confiar en esas “unidades elementales de la vida jurídica” llamadas instituciones³⁵. La propuesta para un futuro esquema de la “justicia contenciosa” en el ámbito provincial, debe estar basada en la necesidad de establecer un sistema claro y eficiente, simplificado, sobre todo con objetivos posibles, que aborde a la luz de lo requerido por nuestra Constitución reformada en 1994 todos los temas vinculados al derecho público por fuera -claro está- de la instancia penal³⁶, para ello deberían promoverse reformas que observen las necesidades de dotar de mayor personal y de infraestructura a los órganos judiciales actuales³⁷, previo al estudio, con apoyo de la Comisión Permanente de Mapa Judicial, de la posible creación de nuevos Juzgados en cada Departamento Judicial que lo requiera y de más Cámaras Regionales de Apelación en lo Contencioso Administrativo, o al menos la introducción de Salas en los órganos de alzada ya existentes³⁸.

En todos los casos de intervención deben observarse los principios de transparencia en la gestión, eficiencia y asignación racional en el uso de los recursos³⁹.

que salvaguarde el órgano y la jurisdicción, con miras al mejoramiento permanente del acceso efectivo a la justicia.

³³ Ver causa “Riccitelli”, del juzgado en lo Cont. Adm. 2 de Mar del Plata, donde el juez propone un año como plazo máximo.

³⁴ Ello, de manera que no tenga que ser el supremo tribunal provincial el que deba salir en auxilio del sistema de manera tan coyuntural como casi permanente, ver ejemplo reciente en web: <https://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?id=55109&veradjuntos=no>

³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo” Tº I, Quinta Edición, ob. cit., Capítulo II, p. 74.

³⁶ Ya no solo en lo contencioso, sino también en materias como la tributaria, ambiental, usuarios y consumidores y, quizás, que pueda abarcar también la materia electoral, reforma que no podría satisfacer el actual esquema ni el que se propone, pero que resulta de vital importancia para la vigencia del sistema democrático.

³⁷ Ninguna de estas medidas podría obviar el hecho de que hasta hoy -y en total, desde el cargo de ordenanza hasta el de Ministro/a-, el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires está integrado por no mas de 25.000 personas en un Estado local poblado por mas de 16 millones.

³⁸ Dicho ello, tras la reciente creación de una Sala para la Cámara regional platense por ley 15.400.

³⁹ Ver art. 2, Proyecto de Ley de Autarquía del Poder Judicial, elaborado por el doctor Daniel F. Soria.

Un último punto para considerar es el que deberá guiarnos hacia metas que no sean meramente utópicas, para poder plantear cambios sin desconocer que lo perfecto es enemigo de lo posible.-

¿ES TIEMPO DE REVISAR LAS FUNCIONES DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA DEL JUICIO ORAL EN EL PROCESO PENAL CHILENO? HACIA EL CONTROL NEGATIVO DE LA ACUSACIÓN

Enrique Letelier Loyola

ABREVIATURAS: Art./arts. (artículos/s); CE (Constitución Española); CPP (Código Procesal Penal); CPP para IA (Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica); DFL (Decreto con Fuerza de Ley); LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal española); LOTJ (Ley Orgánica del Tribunal del Jurado); MP (Ministerio Público); p./pp. (páginas/s); p. e. (por ejemplo); StPO (Strafprozeßbuch / Ordenanza Procesal Penal Alemana); TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos); vg. (verbigracia).

RESUMEN: Sin perjuicio de las varias funciones que las leyes le atribuyen, en esta importante fase el objeto del proceso se dibuja con mayor claridad y lo que sobre este punto se debata y decida, vincula al jurisdicente en razón del principio congruencia. Y sin dudas en la etapa intermedia hay concreción del ejercicio de la acción penal, por medio de una acusación del órgano público competente para formularla; los debates sobre ella inevitablemente influyen sobre el éxito del proceso, pues si en esta sede el juez es competente para ejercer un control negativo sobre la acusación, puede rechazarla cuando carezca de fundamentos. En este punto la audiencia preparatoria del juicio oral chilena se aleja de varios modelos comparados. Analizaremos la conveniencia de otorgar competencia al juez de garantía para ejercer un control negativo sobre la acusación.

PALABRAS CLAVE: Audiencia preliminar, acusación, control negativo, acusaciones infundadas.

1. LA FASE INTERMEDIA EN EL MODELO ACUSATORIO

1.1. Antecedentes Relevantes de su Establecimiento

Algunos estudiosos han llegado a identificar la fase intermedia en muy antiguos sistemas acusatorios de enjuiciamiento penal, como el de Grecia clásica o el de la República en Roma, incluso cuando en el primero se permitía llevar al acusado a juicio sin que existiera en su contra una acusación formal y pública. Muestra de ello es el juicio contra Sócrates, en que un tribunal de Heliastas, compuesto por 501 jueces, lo juzgó y condenó, acusado por Meleto de corromper a los jóvenes, desconocer a los dioses de la ciudad y tener extrañas creencias relacionadas con genios. Del propio acusado oímos el reclamo:

Pues bien: remontémonos al principio al principio de donde nació la acusación que dio lugar a la calumnia que sobre mí gravita y a la cual ha dado crédito finalmente Meleto, el hombre que ha presentado contra mí esta denuncia de carácter público. Veamos pues: ¿qué decían mis calumniadores? ¿Qué calumnias divulgaban?

También ha sido identificado en la antigua Roma, durante la República, en el procedimiento de la *Quæstio* o *Accusatio*, por cuanto resulta interesante destacar la existencia de una acción popular intentada por el *accusator*, cuyo ejercicio constituía un verdadero honor para el ciudadano romano. Sin embargo, para los fines de este estudio, preferimos fijar su aparición como una conquista de la Ilustración.

La Revolución de 1789 condujo a la reforma total del sistema y la Asamblea Constituyente aprobó dos importantes leyes que intentaron morigerar el rigor del procedimiento inquisitorial, adecuando a la realidad francesa el juicio por jurados y el modelo inglés de enjuiciamiento penal. La primera reforma, por una ley de 8-9 de octubre de 1789, si bien dejó subsistente en parte la vieja e inquisitiva Ordenanza Criminal de 1670 y mantuvo el procedimiento escrito y secreto, reconoció importantes garantías en favor del acusado: la publicidad del procedimiento y el derecho de actuar asistido por un defensor. La segunda reforma importante fue la de la ley de 16-29 de septiembre de 1791, que derogó por completo la vieja Ordenanza, con el principal mérito de haber introducido el jurado para el juzgamiento de los delitos más graves. En el contenido de esta ley se percibe la tensión entre los grupos tradicionales apegados al modelo de la Ordenanza de 1670 y aquellos que estaban por importar el sistema inglés al modelo de enjuiciamiento francés; ello, a pesar de que ambas legislaciones estaban en oposición directa en la mayoría de sus puntos. De esta antinomia, importa destacar algunos aspectos: mientras en Inglaterra los delitos fueran presentados en nombre de la Corona (*pleas of the Crown*) al Gran Jurado y el proceso con-

cebía bastante la intervención del acusador particular, más que el procurador general, en cambio en Francia, la persecución penal estaba entregada por entero al Ministerio Público. En Inglaterra la instrucción previa del juez de paz no era más que un elemento menor en el debate definitivo; en Francia, por el contrario, la instrucción preparatoria consumía gran parte del proceso y era la base sobre la que se construía “todo el edificio”. En Inglaterra todo el procedimiento era oral y en Francia siguió siendo preponderantemente escrito, aun después de la reforma de 1789.

Pero la Asamblea Constituyente no dudó en adecuar al máximo las instituciones inglesas a las viejas tradiciones de Francia y modificó el procedimiento, dividiéndolo en tres fases: 1ª La información preliminar, fase de instrucción a cargo del juez de paz. 2ª El juicio sobre la acusación, de que conocía el jurado de acusación: recibida la acusación, este jurado revisaba las actas, con excepción de las declaraciones escritas de los testigos, y en audiencia oía la declaración de los testigos y el acusador. Con esos antecedentes, decidía si el caso debía pasar (“oui, il y a lieu”) o no (“non il n’y a pas lieu”) a juicio ante el jurado (como el “found or not found”, del procedimiento inglés). En caso negativo, se ordenaba poner fin a la persecución penal y la libertad del imputado preso; en caso afirmativo, se ordenaba la apertura del juicio y el director emitía una orden de prise du corps en contra del imputado libre, pudiendo también concederle la libertad bajo caución. 3ª El juicio oral, ante el tribunal criminal y el jurado de sentencia. Esta ley es quizás la obra más importante del constituyente posrevolucionario en lo que atañe al proceso penal; “representa –escribe Julio Maier- a la par que el fin de la inquisición en Francia, el hito revolucionario inicial en materia de enjuiciamiento penal para toda Europa continental”. Pero, a la vez, fue duramente criticada por los sectores conservadores más apegados a la Ordenanza de 1670, siendo dos los principales puntos reproche: la ausencia de un ministerio público organizado y la débil actividad de instrucción.

Por esos motivos la Ley de 7 de Lluvioso del año IX (26 de enero de 1801), introdujo modificaciones importantes a la Ley de 1791. En lo que nos concierne, modificó el procedimiento ante el jurado de acusación, pues reemplazó la oralidad por la escritura. A partir de ese momento, la acusación escrita, formulada por el procurador, y todas las actas que contenían las declaraciones del imputado y los testigos debían ser leídas ante el jurado de acusación por su director. Esta ley representó –y he aquí su relevancia- una transición entre la legislación procesal de la época intermedia y el Código de 1808. Con ella se aproximaba la refundación del sistema.

En su momento el *Códe d’Instruction Criminelle* de 1808 supuso la adopción en Francia del sistema mixto. Se trató de una solución transaccional que intentó conciliar la eficacia en la persecución penal atribuida al modelo inquisitivo, con el respeto a la dignidad del acusado reconocida a partir de la legislación

posrevolucionaria. El procedimiento se dividía en tres fases: instrucción preparatoria, etapa intermedia y juicio. En lo que nos interesa, destacamos que agotada la investigación preliminar debían someterse sus resultados a la Cámara de Consejo, dándose inicio a la etapa intermedia sobre calificación de la acusación. Si la Cámara de Consejo —la integraba el mismo juez de instrucción actuante— estimaba que los elementos de prueba podían fundar una acusación, remitía los antecedentes al procurador y a la Cámara de Acusación; en caso contrario, disponía la clausura de la persecución penal. Recibidos los antecedentes y después de la lectura de las actas de la investigación y la conclusiones escritas del ministerio público, la Cámara de Acusación decidía en secreto el futuro de la causa: si ordenaba la apertura de juicio y el envío de la causa a las Corte de Assises (arrêt de renvoi), el procurador quedaba habilitado para redactar la acusación; en caso contrario, podía disponer el fin de la persecución penal, o bien, el envío de los antecedentes a los tribunales de faltas o correccionales, según la materia.

Es importante recalcar que los antecedentes de la instrucción preparatoria solo servían para calificar y fundar la acusación, no así para fundar la sentencia definitiva. Sobre el punto explica Vélez Mariconde:

los actos cumplidos en esta primera etapa no tienen “ninguna autoridad probatoria y determinante sobre la jurisdicción de juicio, y que ésta no apoya su convicción, como antiguamente, en una instrucción secreta, sino en los debates públicos, orales y contradictorios”. En esto radica un sello distintivo del sistema mixto.

El Code de 1808 influyó en las reformas de casi todas las legislaciones europeas el siglo XIX; unas más temprano que otras se inclinaron por adoptar este nuevo denominado modelo inquisitivo reformado o mixto, porque en él confluyen principios esenciales del sistema inquisitivo, como la persecución oficiosa y la averiguación de la verdad histórica, con el reconocimiento a la dignidad del acusado en tanto sujeto del proceso penal.

La Ordenanza Procesal Penal Alemana (StPO) de 1877 y el CPP de Italia de 1913 adoptaron la fase intermedia como una etapa obligatoria dentro del proceso penal asignándole, como veremos luego, la importante finalidad de permitir el ejercicio del control negativo sobre la acusación. Estos textos que reconocen un sistema acusatorio formal se caracterizan por dividir en tres las fases del proceso: una de investigación, a cargo de un órgano del Estado, otra intermedia a cargo de un o más jueces determinados y otra de juicio, a cargo de jueces con competencia para juzgar el fondo del asunto. Esta división tripartita no ha sido casual: por mor de mantener la independencia interna de los roles de investigar, acusar y sentenciar, los modelos aceptaron dividir orgánica y funcionalmente la labor de los órganos intervinientes en la persecución penal.

1.2. La Fase Intermedia en la Actualidad Según Algunos Sistemas

Diversos sistemas de enjuiciamiento penal de corte acusatorio, una vez agotada la investigación y antes del juicio, contemplan una fase intermedia que se desarrolla en una audiencia denominada audiencia preliminar (CPP Italia), audiencia intermedia (CPP Modelo para IA), despacho preliminar de saneamiento do processo (art. 311 CPP Portugal), audiencia preparatoria de juicio oral (CPP Chile), preliminary hearing y committal proceedings (sistemas norteamericano e inglés, respectivamente) o Zwischenverfahren (sistema alemán), según corresponda .

El espectro de asuntos que se pueden debatir en la audiencia preliminar es muy rico y ciertamente lo que en ella se resuelva influirá en la suerte del proceso penal: desde permitir la aplicación del principio de oportunidad, que en algunos casos conduce al sobreseimiento de la causa (vg. §§ 153, 153a y 153b StPO) , debatir sobre acuerdos patrimoniales entre los intervinientes (vg. los acuerdos reparatorios del proceso penal chileno, ex art. 241 CPP), hasta la decisión sobre la apertura de juicio oral (vg. § 207 StPO: Auto de apertura; art. 429 CPP Italia: Decreto che dispone il giudizio).

Como se ve, son varias las funciones que se atribuyen a la etapa intermedia, tantas que, dentro del sistema del CPP 1988, en Italia la audiencia preliminar ha sido calificada como “el emblema del nuevo proceso” . A nosotros nos interesa destacar que esta es la última oportunidad para evitar a realización de un juicio penal; en otras palabras, cumple la fase intermedia una importantísima función de control negativo de la acusación, rol de control que la doctrina ha puesto de relieve desde antiguo:

tiene por objeto saber si el tribunal ordinario debe abrir el juicio oral, y por ende, llevar el asunto al tribunal cognitivo. Dicho procedimiento intermedio responde a una finalidad de economía procesal, de despachar rápidamente en sentido negativo sin plenario asuntos que no merecen un debate, y de ahorrar al inculpado las molestias procesales inútiles .

En el Derecho europeo continental, en algunos ordenamientos iberoamericanos e incluso en los sistemas angloamericanos, se atribuye a la fase intermedia un control negativo sobre la acusación, en el sentido que el juez debe controlar si se cumplen los presupuestos legales para que la acusación pueda ejercitarse. Tal control negativo, “se asienta en la idea que el Estado no puede realizar un juicio público sin comprobar, preliminarmente, si la imputación está provista de fundamento serio como para, eventualmente, provocar una condena” . Esta función está presente con mucha claridad en el sistema del CPP italiano, pues el juez que conoce de la audiencia preliminar puede dictar, luego de la discusión, una resolución que rechaza la acusación (sentenza di non luogo a procedere)

o bien el decreto que dispone la apertura del juicio . Se encuentra también en el sistema alemán, ex § 203 StPO, pues el juicio plenario procede, debiendo dictarse el auto de apertura, si con los resultados de la investigación, “el inculgado parece suficientemente sospechoso de un delito”, pues estas expresiones de la Ordenanza se han entendido por la doctrina en el sentido de “cuando es de esperar su condena, con una fuerte probabilidad” y, por el contrario, ha de rechazarse el auto de apertura cuando “por razones fácticas no ha de esperarse una condena, porque de conformidad con la prueba reunida, una sospecha suficiente resulta infundada” . En el sistema portugués aparece claramente la función control negativo en la competencia del juez para rechazar la acusación manifiestamente infundada (art. 311 CPP Portugal), cuyo ordenamiento precisó, a partir de la reforma introducida en 1989, qué se entiende por tal .

El control negativo está presente en el modelo de los Estados Unidos de Norteamérica, donde el imputado tiene derecho a una audiencia preliminar (preliminary hearing) antes del juicio, audiencia que tiene por objeto el control jurisdiccional de los cargos dirigidos en su contra por el Fiscal, incluso oyendo el juez la prueba de cargo .

A su turno, lo encontramos reconocido en el CPP Modelo para IA, pues durante el procedimiento intermedio el juez puede dictar “el auto de apertura del juicio o, de lo contrario, el sobreseimiento (absolución anticipada), la clausura del procedimiento o el archivo” (art. 273.3). Ello es coherente con al sistema del código modelo en cuyo art. 278 se dispone que corresponde absolver al acusado “cuando resulte con evidencia la falta de alguna de las condiciones que habilita la imposición de una pena...” y “cuando, a pesar de la falta de certeza, no existiere, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y fuere imposible requerir, fundadamente, la apertura de juicio...”. Además, el auto de apertura debe indicar, entre otros elementos, “la designación concreta de los hechos por los que no se abre juicio, cuando la acusación ha sido interpuesta por varios hechos y el tribunal sólo la admite parcialmente” (art. 271.4). En Argentina, el actual Código Procesal Penal Federal (2019), cuyo Título II, Libro I, Parte 2ª, se denomina “Control de la Acusación”, dispone que el auto de apertura del juicio oral debe contener entre otras menciones, “la acusación admitida” y “los fundamentos por los cuales se rechazó, total o parcialmente, la oposición a la apertura del juicio” (art. 280) .

Incluso en la añosa LECrim encontramos rastros de que el sistema español permite al juez realizar el control negativo que venimos describiendo, tanto en el procedimiento ordinario (arts. 622, 626 a 633, 642, 649 a 659), cuanto en el procedimiento abreviado (arts. 780 a 783). En este último procedimiento, el control que sobre el ejercicio de la acción penal realiza el juez de instrucción en la fase intermedia resulta muy poderoso, puesto que puede rechazar la apertura de juicio oral “cuando no existen indicios racionales de criminalidad con el acusa-

do” (art. 783 LECrim) , por lo que se ha dicho que en esta etapa se efectúa “un control de la consistencia de la acusación” cuya utilidad, nuevamente, apunta a la evitación de acusaciones infundadas, entendido esto en clave de una garantía de persecución racional:

El principio acusatorio reclama la existencia guía de una acusación como presupuesto para la apertura del juicio oral, sin embargo ello no quiere decir que existiendo una acusación se halla entrarse en el plenario, necesariamente. Todo ciudadano tiene el derecho de que no se le moleste innecesariamente y, por consiguiente, a evitar un juicio público y «estigmatizante» cuando no hay base suficiente para que los cargos que se le imputan puedan llegar a prosperar.

Todavía en el ámbito del proceso penal español, se identifican manifestaciones de control negativo en el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 800) y en el procedimiento seguido ante el Tribunal de Jurado (art. 30 LOTJ).

Podríamos resumir esta parte afirmando que la función de control negativo tiende a evitar juicios infundados basados en acusaciones infundadas, función que estimamos fundamental para resguardar la racionalidad de la persecución penal . Así se ha expresado en la doctrina nacional:

Lo esencial es que aquí se controla el fundamento de la decisión del fiscal de acusar, la que es examinada por el tribunal en su propio mérito, es decir, se trata de evitar que se pueda llevar a juicio oral a cualquier persona si no existe fundamento suficiente para ello. (...) Se trata de un período de control de la acusación, cuya existencia se justifica porque no puede pedirse al órgano de persecución penal que lleve adelante cualquier juicio oral, sin que existan antecedentes muy serios que verdaderamente aparezcan como suficientes .

Finalmente debe destacarse que esta modalidad de control negativo que se atribuye a la etapa intermedia trasunta un verdadero control en el correcto ejercicio de la acción penal, particularmente en los sistemas en que, sobre ésta, rige plenamente el principio de legalidad .

1.3. La Fase Intermedia en el Sistema Chileno

El CPP de Chile recibió, de diversas fuentes, los influjos de los de los ordenamientos jurídicos comparados, amén de los proyectos que han pretendido servir como inspiración a los procesos de reforma en Iberoamérica.

Pero en nuestro sistema, que es uno de los más modernos de Iberoamérica, el Juez de Garantía se limita a realizar más un control formal sobre la acusación que un control sobre su mérito . El apartamiento en esta materia de los modelos de Derecho comparado se ha justificado “en la necesidad de erradicar, para evitar cualquier rebrote inquisitivo, toda posibilidad de intervención

de los jueces en la decisión de acusar.” El modelo evita cualquier control sobre el fondo de la acusación, la recepción de pruebas y la posibilidad que el juez de garantía se pronuncie si la acusación carece o no de fundamentos para ser llevada a juicio oral.

El Mensaje presidencial del CPP Chile explica la decisión del control meramente formal de manera muy explícita:

En cuanto al control judicial de la acusación, éste se limita a la facultad del juez para ordenar la corrección de vicios formales y a la posibilidad de rechazar la acusación decretando el sobreseimiento definitivo cuando se aleguen causales que se enumeran en forma taxativa, y siempre que su demostración no requiera la realización de actividades probatorias. (...) Las razones para proponer esta forma limitada de control de la acusación, que se aleja de la mayoría de los modelos extranjeros, dicen relación con, por una parte, evitar la anticipación del juicio admitiendo prueba sobre el fondo del debate, y con cautelar la independencia judicial, por la otra, reafirmando el principio de que la promoción de la persecución penal corresponde a los fiscales y no a los jueces. El entregar a los jueces amplias facultades para rechazar la acusación por insuficiencia de pruebas u otros motivos similares con fines de garantía para el acusado, importaría una aprobación de aquellas acusaciones que pasen a la etapa de juicio, produciéndose con ello una intromisión en la función acusatoria (cursivas nuestras).

Podríamos, entonces, resumir las razones del apartamiento del legislador nacional respecto al control negativo, en las siguientes ideas:

- a) El respeto al principio acusatorio que impone la nítida de separación de las funciones de acusar y juzgar.
- b) Evitar que la audiencia preparatoria de juicio oral se transforme en una audiencia de prueba, con detrimento de una actividad probatoria, destinada, naturalmente, a desarrollarse en el juicio.
- c) Evitar que las causas respecto de las que se ha dictado un auto de apertura de juicio oral y, por consiguiente, prosiguen su curso a un juicio ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, gocen de una especie de certificación de fundabilidad, que devendría, si somos más suspicaces, en una suerte de prejuzgamiento.

2. DEBATES SOBRE EL CONTROL NEGATIVO DE LA ACUSACIÓN

Como se ve, este es un punto de importante divergencia entre nuestro sistema y otros modelos. Por lo mismo nos corresponde en esta parte analizar los méritos y desventajas del ejercicio del control negativo sobre la acusación en la fase intermedia, análisis que haremos en cada uno de los puntos que siguen,

para concluir luego sobre nuestro punto de vista en cuanto a su conveniencia para el modelo nacional.

2.1. Control Negativo de la Acusación y Control en el Correcto Ejercicio de la Acción Penal

No hay que buscar con mucha profundidad para descubrir, en el control negativo del juez sobre la acusación, un control sobre el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público. El rechazo a la acusación que carece de fundamentos o la modificación de esta al tenor de lo debatido en la audiencia, ciertamente significa que el juez, como se ha dicho, está evitando acusaciones infundadas (y juicios infundados), privilegiando aquéllas que pueden sostenerse en juicio.

Sin embargo, no se trata en caso alguno de que sea el propio juez quien ejercite la acción ni menos deduzca una acusación, con lo que el principio *nemo iudicio sine accusatione* queda a salvo. Por el contrario, tampoco se trata de que el juez competente para la audiencia preliminar pueda rechazar sin más la acusación, porque los modelos de control negativo se decantan por el rechazo de aquellas que no se fundan en antecedentes que la hagan plausible, aun esta etapa previa al juicio. Además, en un sistema acusatorio de corte adversarial, donde se privilegian los debates en audiencias, las decisiones en orden al control negativo de la acusación deben ser tomadas oyendo a los intervinientes, en especial quien o quienes han acusado y contra quien se ha acusado, tanto en sus argumentos cuanto en el peso de los antecedentes de la investigación que en poco tiempo podrían convertirse en pruebas de cargo y descargo. Por lo mismo, el principio *nemo iudex sine actore*, el estándar de fundabilidad y el respeto al principio de audiencia y contradicción juegan como un poderoso tamiz al poder del juez para ejercitar el control negativo de la acusación.

Ahora bien, centrándonos en el caso chileno, anotamos al menos dos incoherencias del sistema que nos hacen dudar que el legislador haya decidido adecuadamente impendiendo que los jueces de garantía efectúen un control negativo sobre la acusación.

Guardando muy poca armonía con las declaraciones contenidas en el Mensaje, el CPP admite el llamado forzamiento de la acusación, es decir, la institución por la que el querellante puede obtener que el juez de garantía ordene al fiscal deducir acusación a pesar de que éste hubiere decidido solicitar el sobreseimiento o comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento (art. 258 CPP). Se trata, según algunos, de un control positivo sobre la acusación por parte del querellante “o, lo que es lo mismo, la intromisión de la víctima en la función del ministerio público, función eminentemente pública, al menos en los delitos de persecución penal pública”.

Por otra parte, no parece coherente con la filosofía declarada en el Mensaje la competencia que el artículo 170 CPP atribuye al juez de garantía para dejar sin efecto la decisión del MP de aplicar el principio de oportunidad, máxime si el fundamento es el interés de la víctima, pues esta decisión obliga al Fiscal a continuar con la persecución penal y es dable entender que si no operan las hipótesis de los incisos 5° y 6° de la misma norma, la acción penal no se extingue. Es, a nuestro ver, un caso en que el juez obliga al Fiscal al ejercicio de la acción penal.

2.2. El Control Negativo y el Aparente Debilitamiento Del Debate Probatorio en el Juicio

Se ha dicho que el reconocimiento, en la etapa intermedia, de un control negativo sobre la acusación puede producir el efecto de trasladar el debate probatorio a una audiencia en la que no corresponde que se desarrolle la prueba, debilitando su producción para la audiencia de juicio y menoscabando, en consecuencia, la centralidad de este. Sin embargo, en nuestro parecer este tema debe analizarse desde una perspectiva teleológica: todo el debate relativo a la prueba que pueda promoverse en la audiencia intermedia incide, finalmente, en la configuración del tema probatorio y el objeto del proceso penal.

Diversos sistemas, admiten que fruto del debate entre las partes en la etapa intermedia acerca los hechos imputados y las pruebas ofrecidas, finalmente los hechos que constarán en el auto de apertura sean distintos a los imputados por el acusador. Esto ocurre en los modelos de control negativo. Así en Italia, la acusación (la *richiesta di rinvio a giudizio*) debe contener el relato, en forma clara y concisa del hecho y la indicación de los medios de prueba (art. 417 b) y c) CPP); en el curso del debate el MP expone al juez sintéticamente el resultado de la investigación preliminar y los elementos de prueba que justifican la petición de apertura de juicio. El imputado puede declarar al tenor de los hechos que se le imputan, incluso bajo las reglas establecidas para el examen de los testigos en juicio. El MP y el imputado sólo pueden realizar sus alegaciones al tenor del contenido de la carpeta de investigación que el primero ha debido poner a disposición de la audiencia preliminar, junto con su petición de envío a juicio. Clausurado el debate y adoptada la decisión de enviar la acusación a juicio, el decreto que lo dispone debe contener, entre otras menciones, la enunciación en forma clara y precisa del hecho y la indicación sumaria de las fuentes de prueba y de los hechos a que ellas se refieren (art. 429 c) y d) CPP).

Conforme al diseño que propone el CPP Modelo para IA, la acusación del Ministerio Público, entre otras menciones, debe contener una “relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que atribuye al imputado” y “los fundamentos sintéticos de la imputación, con expresión de los medios de prueba utilizados” (art. 263. 2 y 3). El imputado puede formular objeciones en

contra de la acusación, instando por el sobreseimiento o la clausura del procedimiento y “señalar los medios de prueba que estime omitidos, requiriendo que los practique el tribunal” (art. 268. 3 y 4). Agotado el debate en la audiencia intermedia y si decide dictar un auto de apertura de juicio, el juez debe señalar en éste “las modificaciones con que admite la acusación, indicando detalladamente las circunstancias de hecho omitidas, que deben formar parte de ella;” (...) “la orden de interponer acusación cuando rechace el sobreseimiento” (...); “la designación concreta de los hechos por los que no se abre juicio oral, cuando la acusación ha sido interpuesta por varios hechos y el tribunal sólo la admite parcialmente”, entre otras menciones (art. 274.2, 3 y 4).

De las explicaciones anteriores se deriva que la audiencia preparatoria permite, entonces, la actuación del derecho a la prueba . Una vez comunicada la acusación, explica Roxin, “el imputado recibe nuevamente la posibilidad de influir en la apertura del procedimiento principal a través de requerimientos de pruebas y objeciones” , de suerte que las pruebas que se rindan en la audiencia intermedia o preliminar pueden repercutir en la fundabilidad de la acusación, en la configuración del objeto del juicio y en la posibilidad del acusado de procurarse de medios de defensa en el juicio. En Italia es permitido que el juez de la audiencia preliminar ordene al Ministerio Público que complemente la investigación previa (indagini integrative) cuando ésta resulte ser incompleta (art. 421 bis CPP); y el juez podría, durante la misma audiencia si lo considera necesario para el debate, admitir, incluso de oficio, la prueba que aparezca manifiestamente decisiva para dictar una sentencia que rechace la acusación (prove integrative, ex art. 422 CPP) . En Alemania la StPO (§§ 201 y 202) también permite al tribunal que disponga, de oficio o a petición de parte, la práctica de pruebas particulares para el mejor esclarecimiento del asunto, antes de pronunciarse sobre la apertura del plenario.

En el ámbito Iberoamericano, el CPP Modelo permite a las partes ofrecer prueba para ser producida durante la fase intermedia; además, faculta al juez para “ordenar de oficio los medios de prueba que considere útiles para la averiguación de la verdad”. Todas estas actuaciones deben realizarse en la audiencia que fije el juez. Recibida la prueba y oídas las conclusiones de las partes, el juez resuelve si se abre o no juicio oral (arts. 263.3, 268.4, 269.6 y 272 CPP Modelo IA).

Lo que venimos explicando está íntimamente ligado con una garantía del debido proceso: el derecho de las partes a conocer las pruebas de la contraria, porque no resulta suficiente conocer el objeto de la acusación y que ésta haya superado el control jurisdiccional sobre su fundamento, si los justiciables, y particularmente el imputado, carecen del conocimiento oportuno de las pruebas que se rendirán en el juicio. Este es el motivo por el que los ordenamientos promuevan que las partes descubran sus pruebas antes de debatir en el juicio,

ordenando que la acusación indique la prueba de cargo, con el evidente fin el acusado la conozca, pueda preparar su defensa y, eventualmente, producir en juicio prueba de descargo. Así, por ejemplo, en Italia (art. 417.1.c CPP), Alemania (§ 200 StPO), Chile (art. 259. f CPP). En el derecho norteamericano, el instituto del discovery o “descubrimiento de las pruebas” permite indagar sobre las pruebas que están en poder de la contraparte.

Así las cosas, la actividad probatoria que se despliegue en la audiencia intermedia no sólo tiene la virtualidad de revelar cuán fundada está la acusación, sino también –y esta función será propia de esta fase- la de configurar de manera más precisa el objeto del proceso penal.

2.3. ¿Es el Control Negativo un Antejudio de la Acusación?

Al pronunciarse el juez que conoce de la audiencia intermedia acerca de la fundabilidad de la acusación, está emitiendo un verdadero juicio sobre el fondo del asunto, lo que trae consigo los riesgos del prejuzgamiento. Así lo manifiesta el Mensaje del CPP chileno, cuando señala que El entregar a los jueces amplias facultades para rechazar la acusación por insuficiencia de pruebas u otros motivos similares con fines de garantía para el acusado, “importaría una aprobación de aquellas acusaciones que pasen a la etapa de juicio, produciéndose con ello una intromisión en la función acusatoria.

Pero esa objeción tendría verdadera relevancia si fuese el mismo tribunal que conozca del juicio el que sea competente para pronunciarse acerca de la acusación. Esta anómala situación no suele presentarse, salvo, como ya hemos anunciado, en Alemania (§ 199 StPO), problema que intenta salvarse porque en la audiencia intermedia sólo integran el tribunal “de apertura” los jueces letrados del tribunal “decisor”. La misma crítica la formulamos respecto del procedimiento ordinario español regulado por la LECrim, porque es el propio tribunal de juicio el que controla el fundamento del ejercicio de la acción penal, pues es competente para ordenar la apertura del juicio o bien disponer el sobreesimio de la causa (art. 632 LECrim). Así, nos parece que la solución más idónea es la que tiende a separar las funciones, como opta por el modelo italiano, en que la existencia de la figura del giudice per la indagine preliminare diferenciada del giudice per l’udienza preliminare, con competencias distintas, evita el prejuzgamiento.

Pero, a nuestro juicio, ni aun en los modelos en que existe la figura del juez de garantía que conoce de la audiencia preliminar debería existir riesgo de juzgamiento previo, porque la función jurisdiccional de estos jueces no es propiamente de adjudicación, porque carecen de la competencia para realizar el ejercicio de subsumir en un tipo penal un hecho que haya quedado demostrado en juicio y obtener de ello una respuesta jurídico penal, aplicándola al caso. Esa

es la función paradigmática del tribunal de juicio en quien nunca debería estar radicado el control sobre la acusación.

2.4. El Control Negativo y la Intromisión de los Jueces en una Función Propia del MP

Se objeta que conceder a los jueces que conocen de la audiencia intermedia la competencia para controlar el fundamento de la acusación, significaría darles un poder para aprobar las acusaciones que pasan a juicio.

Esta objeción sólo es admisible en el supuesto que los jueces del tribunal decisor, que conoce del juicio, no comprendan que el debate en sede de audiencia intermedia o preliminar tiene varias otras finalidades que la única y relevante asignada al juicio, cual es la de determinar si el material fáctico que al acusador aporta como prueba de cargo logra o no destruir el principio de inocencia que ampara al acusado. En esta tarea, el ejercicio de la función jurisdiccional del tribunal de juicio es irremplazable, por lo que no puede quedar vinculado por la evaluación de fundabilidad que se haga previamente por otro tribunal, idea en la que subyace el principio de independencia interna del Poder Judicial.

Ese reparto de funciones se explica solo si se comprende que en cada fase la jurisdicción actúa distintos atributos: en la intermedia, verificar si los antecedentes -no son pruebas- ofrecidos podrían fundar razonablemente una condena; en la de juicio, permitir que se desarrolle la prueba bajo reglas de contradicción, para que los jueces puedan, a partir de los hechos probados, elegir las reglas de derecho aplicables.

3. CONCLUSIÓN

Las razones que el legislador de CPP chileno esgrime para privar al juez de garantía de la competencia para ejercer un control negativo sobre la acusación, parecían justificadas en el momento en que este cuerpo normativo fue aprobado. En efecto, dada la penosa situación que se generó con la eliminación, en 1927, de la Fiscalía Judicial en la primera instancia (DFL 426 que declaró vacantes los cargos de Promotores Fiscales) y la reunión de las funciones de investigar, acusar y juzgar en la sola persona del juez del crimen, parece muy razonable que el legislador haya querido evitar cualquier atisbo de confusión de funciones.

Sin embargo, por las razones que hemos expuesto, somos del parecer que el ejercicio de un control sobre los fundamentos de la acusación no incide en rol principal del acusador, cual es el ejercicio de la acción penal; antes bien, permite que el sistema proteja el ejercicio responsable de la acción penal, la deducción de acusaciones fundadas y la realización de investigaciones adecuadas, evitando, en consecuencia, acusaciones temerarias, juicios penales infundados y condenas

erróneas. En consecuencia, concurren en la actualidad buenas razones para dotar a los jueces de garantía de la competencia para revisar, durante la audiencia preparatoria de juicio oral, la fundabilidad de la acusación, efectuando un control negativo sobre la misma.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, José María (Dir.) (2019): *Derecho Procesal Penal*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- BELING, Ernst (1943): *Derecho Procesal Penal* (Trad. Miguel Fenech). Barcelona, Labor.
- CAROCCA PÉREZ, Álex et Al (2000): *Nuevo Proceso Penal*. Santiago de Chile, Lexis Nexis.
- CHIAVARI, Mario (2015). *Diritto Processuale Penale* (6ª). Milano, UTET.
- CORDERO, Franco (2006): *Procedura Penale* (8ª). Milano, Giuffrè.
- ESMEIN, Adhémar (1969): *Histoire de la Procédure Criminelle en France*. Frankfurt am Main, Verlag Saber & Auvermann KG.
- GASPARINI, Alessandro (2009): “Il prosecutor e le scansioni dell’azione penale”, en GAMBINI, Rosanna (a cura di). *Il Proceso Penale Satunitense. Soggetti ed Atti* (3ª). Torino, Giappichelli.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis et Al (1998): *Derecho Jurisdiccional*. Vol. III (7ª). Valencia, Tirant Lo Blanch.
- HENDLER, Edmundo (2006): *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires, Ad-Hoc.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2005): *Derecho Procesal Penal Chileno*. T. II. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- LETELIER LOYOLA, Enrique (2020): “La imputación penal como garantía de una persecución racional”, en PERIN, Andrea (Ed.). *Imputación Penal y Culpabilidad*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel (1990): *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid, Ministerio de Justicia.
- LOZZI, Gilberto (2016): *Lezioni di Procedura Penale* (11ª). Torino, Giappichelli.
- MAIER, Julio B. J. (2004): *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires, Del Puerto.
- MARQUES DA SILVA, Germano (2000): *Curso de Processo Penal*. Vol. III (2ª). Lisboa, Verbo.
- PÉREZ-CRUZ, Agustín et Al (2010): *Derecho Procesal Penal* (2ª). Madrid, Aranzadi.
- PLATÓN. *Apología*. Barcelona: Orbis, 1979.
- ROXIN Claus (2000): *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd (2019[2017]): *Derecho Procesal Penal* (1ª[29ª]) (trad. Mario Amoretti et Al). Buenos Aires, Didot.
- SIRACUSANO, Delfino et Al (2004): *Elementi di Diritto Processuale Penale* (2ª). Milano, Giuffrè.
- TONINI, Paolo (2010): *Manuale di Procedura Penale* (11ª). Milano, Giuffrè.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo (1956): *Estudios de Derecho Procesal*. Tomo I. Córdoba, Imprenta de la Universidad.
- VOLK, Klaus (2016): *Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal* (7ª) (Trad. A. Nazer y otros). Buenos Aires, Hammurabi.

**ANÁLISIS SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE
ROL N° 22.443-2022, DE 24/06/22**

Fernando A. Valderrama Martínez

1.- La sentencia en estudio, en el marco de una acción constitucional de amparo deducido por doña Isabel Alejandrina Valdés Pavez en contra de Gendarmería de Chile, revocó, por vía del recurso de apelación el pronunciamiento emitido por el tribunal de primer grado (Corte de Apelaciones de Santiago), que rechazó la pretensión hecha valer por la amparada.

La acción constitucional en comento, se ejerció en favor de la amparada quien se encontraba privada de libertad por una investigación seguida en su contra por el delito de tráfico ilícito de drogas, fundándose en que su traslado a audiencias y otros trámites debía ser efectuado sin grilletes en sus tobillos, en atención a que su deteriorado estado de salud la hacía más propensa a laceraciones en la piel, debido a que *-según el informe médico de rigor-* tiene un retardo en su cicatrización originado por un cuadro de diabetes mellitus.

2.- El pronunciamiento de primera instancia, para desestimar la acción cautelar antes referida, teniendo presente para ello que el juzgado de garantía *“no ha dado ninguna orden a Gendarmería con relación a las medidas de seguridad que ésta institución deba adoptar respecto a la amparada, sino una instrucción, la que ha sido acogida por Gendarmería mediante la alternativa de esposas, apareciendo de los antecedentes que la herida que la amparada tendría en el tobillo, es de antigua data”*.

3.- Que el Máximo Tribunal, como ya se mencionó, revocó el fallo en alzada, acogiendo el recurso de amparo deducido en favor de la amparada, instruyendo que *“la custodia de la amparada y las medidas de seguridad que se adopten por Gendarmería durante los traslados de aquélla a algún recinto asistencial de salud o al Tribunal se efectuarán, dando estricto cumplimiento a lo previsto en las Reglas 47, 48 y 49 de la Reglas*

Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas, utilizando las medidas de seguridad que resulten proporcionales a la condición médica que afecta a la amparada”.

Para resolver en tal sentido tuvo en especial consideración que no existió justificación alguna para el uso de grilletes en sus tobillos, máxime si no se tuvo en consideración la especial condición de salud de la amparada, constituyendo el acto impugnado una forma de coerción desproporcionada frente a su condición médica, por cuanto solo era suficiente la vigilancia y esposas para controlar un eventual riesgo de evasión.

4.- Del mismo modo, el fallo en análisis concluye que con su obrar, la Autoridad Penitenciaria vulneró no solo el ordenamiento interno –tanto la *Ley Orgánica de Gendarmería de Chile*, como el *Reglamento de Establecimiento Penitenciarios*-, sino que también lo preceptuado en el artículo 10 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, precepto que garantiza a toda persona privada de libertad, el ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

5.- La relevancia de lo resuelto por la Excma. Corte Suprema está dada por el reconocimiento de la calidad de persona hipervulnerable respecto de la amparada, en cuanto se trata de una mujer que se encuentra privada de libertad en un establecimiento penitenciario y que, además, padece de un cuadro de diabetes mellitus, siendo insulina requirente.

Ante tal reconocimiento, es preciso tener en vista, en primer término, que la profesora Guillermina Sosa al explicar su teoría de la vulnerabilidad, sostiene que debe considerarse como vulnerables a aquellas personas que “*se encuentran más desventajados para poder acceder, ejercer y gozar de sus derechos*”¹.

En un segundo orden de ideas, la antes citada autora al exponer el modo en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante la Corte IDH) ha abordado las múltiples categorías de vulnerabilidad, las agrupa

como: “*Vulnerabilidad en general; Privados de libertad/ detenidos/ internados/ institucionalizados; Víctimas de desaparición forzada; Discapacidad. Personas con problemas de salud; personas con sufrimiento mental. Salud mental; Niños, niñas y adolescentes; Conflicto armado: Sujetos expuestos; Mujeres. Violencia de Género; Pueblos originarios; Desplazados; Apátridas; Defensores de derechos humanos Defensores de derecho ambiental. Ejercicio de la labor periodística; Trabajadores como sujetos vulnerables; Migrantes; Orientación sexual; Adultos mayores*”².

¹ Sosa, Guillermina Leontina; Vulnerabilidad: los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como respuesta a la dispersión; La Ley Online; TR LALEY AR/ DOC/1869/2022; Pág. 1

² Sosa, Guillermina Leontina; Vulnerabilidad: los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como respuesta a la dispersión; La Ley Online; TR LALEY AR/ DOC/1869/2022; Págs. 1 y 2

Es decir, tanto las personas privadas de libertad como aquellas que presentan problemas de salud deben ser entendidas sujetos vulnerables respecto de los cuales existe, como correlato, un deber de protección especial por parte del Estado, quien tiene el imperativo de adoptar *—con la mayor celeridad posible—* todas las medidas tendientes a la salvaguarda de sus derechos, como lo ha sostenido la Corte IDH³.

6.- Una vez Zanjado lo anterior, deber ser resaltado el ejercicio efectuado por la Excm. Corte Suprema, en cuanto no solo acude a la normativa interna para establecer la ilegalidad de la actuación de Gendarmería en orden a transportar a la recurrente al tribunal con grilletes en sus tobillos, sino que efectuando un control difuso de constitucionalidad *—amparado en lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2º, de la Constitución Política de la República de Chile⁴—*, sino que también fundó su razonamiento en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, conocidas como Reglas de Mandela, las que en su artículo 47, numeral 1º, prohíben el empleo de cadenas, grilletes y otros instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor, cuyo es el caso de la actora, quien como ya se dijo, a consecuencia de su enfermedad tiene problemas de cicatrización, entendiéndose que el uso de los grilletes resultada desproporcionado dada su condición médica, bastando para evitar un eventual riesgo de evasión, una vigilancia directa y el uso de esposas en sus muñecas.

En sintonía con lo resuelto, es menester citar nuevamente a la autora Guillermina Sosa, en cuanto refiere que *“La confluencia de supuestos de vulnerabilidad conduce a afirmar la existencia de situaciones de hipervulnerabilidad que conllevan a una mayor tutela jurídica”*⁵

Pues bien, en el caso en análisis estamos precisamente frente a una persona hipervulnerable, toda vez que en ella se presentan varias capas de vulnerabilidad, en cuanto se trata de una mujer privada de libertad que sufre una patología en estado avanzado, condiciones que necesariamente implican que el Estado debe adoptar con celeridad, todas las medidas tendientes a su resguardo, lo que

³ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 292; Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 208.

⁴ “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

⁵ Sosa, Guillermina Leontina; El poder de la vulnerabilidad. Implicancias en la interpretación y aplicación del derecho; Universidad Lomas de Zamora, Buenos Aires, Argentina; Pág. 125

no hizo, sin que contara “*con una justificación objetiva y razonable para no ser tildada de discriminatoria*”⁶.

7.- Lo anteriormente expuesto y razonado, lleva necesariamente a concluir que, como acertadamente se decidió en el fallo en estudio, la Administración incumplió con el deber de protección especial que le asistía respecto de la amparada, en atención a su condición de persona hipervulnerable, siendo su dictamen —*en cuanto acogió la acción constitucional de amparo deducida a su respecto, disponiendo que su traslado se realice utilizando las medidas de seguridad que resulten proporcionales a su condición médica*— ajustado tanto la normativa internacional como a la interna.

⁶ Sosa, Guillermina Leontina; El poder de la vulnerabilidad. Implicancias en la interpretación y aplicación del derecho; Universidad Lomas de Zamora, Buenos Aires, Argentina; Pág. 126

A obra coletiva “Processo e Instrumentalidade II: Efetividade e Concretização de Direitos” dá continuidade à reflexão sobre a resolução justa de conflitos, explorando os caminhos para tornar os direitos fundamentais efetivos. Com contribuições de especialistas e estudantes, esta obra do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR aborda a instrumentalidade do processo como meio para a construção de uma sociedade mais justa e pacífica. Ao combinar teoria e prática, o volume apresenta análises críticas e soluções inovadoras para desafios relacionados à concretização de direitos em diversas áreas, reafirmando o compromisso com a pesquisa e a transformação social. Uma leitura indispensável para aqueles que buscam aprofundar-se nos mecanismos que tornam o acesso à justiça uma realidade concreta.

