

ORGANIZADORES  
Bruno Smolarek Dias  
Celso Hiroshi Iocohama



REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO NO DIREITO  
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E NO NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL



Unipar  
2018

**FUNDAÇÃO  
ARAUCÁRIA**  
Apoio ao Desenvolvimento Científico  
e Tecnológico do Paraná

## **ORGANIZADORES**

BRUNO SMOLAREK DIAS  
CELSO HIROSHI IOCOHAMA

# **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

## **COLABORADORES**

Bruno Smolarek Dias  
Carlos Enrique Camps  
Celso Hiroshi Iocohama  
Cristian Contreras Rojas  
Fabio Caldas de Araújo  
Gisele Mazzoni Welsch  
José Miguel Garcia Medina  
María Victoria Mosmann  
Rafael de Oliveira Guimarães

**UNIPAR**

**2018**



**Reitor**

Carlos Eduardo Garcia

**Vice-reitora**

Neiva Pavan Machado Garcia

**Vice-reitor Chanceler**

Cândido Garcia

**Diretora Executiva de Gestão do Ensino Superior**

Maria Regina Celi de Oliveira

**Diretor Executivo de Gestão da Extensão Universitária**

Adriano Augusto Martins

**Diretora Executiva de Gestão da Pesquisa e Pós-Graduação**

Evellyn Cláudia Wietzikoski Lovato

**Diretor Executivo da Gestão da Dinâmica Universitária**

José de Oliveira Filho

**Diretora Executiva do Planejamento Acadêmico**

Sônia Regina da Costa Oliveira

**Diretor Executivo de Gestão das Relações Trabalhistas**

Janio Tramontin Paganini

**Diretor Executivo de Gestão de Assuntos Jurídicos**

Lino Massayuki Ito

**Diretora Executiva de Gestão e Auditoria de Bens Materiais Permanentes e de Consumo**

Rosilamar de Paula Garcia

**Diretor Executivo de Gestão de Assuntos Comunitários**

Cássio Eugênio Garcia

**Diretora dos Institutos de Ciências Humanas, Linguísticas, Letras e Artes, de Ciências Sociais Aplicadas e de Educação**

Fernanda Garcia Velasquez

**Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual e Cidadania**

Celso Hiroshi Iocohama

## **CONSELHO EDITORIAL LIVROS ELETRÔNICOS (E-BOOKS)/PPGD-UNIPAR**

**Presidente** – Pós-Doutor Jônatas Luiz Moreira de Paula

**Diretor Executivo** – Antonio Bernardo da Silva

**Membros** – Dra. Miriam Fecchio Chueiri

Dr. Fábio Caldas de Araújo

Dr. Clóvis Demarchi

Dr. José Miguel Garcia Medina

### **Diagramação e Revisão**

Celso Hiroshi Iocohama

Bruno Smolarek Dias

**Imagem da Capa** –Creative Commons.

**Créditos** – Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIPAR e a Comissão Organizadora de E-books/PPGD-UNIPAR, com a articulação acadêmica para a propagação do conhecimento científico entre o Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR e de participantes das Instituições: Universidad Nacional de la Plata, Universidad de Talca (Chile), Delegacion Salta de la Federación de Ateneos e Derecho Procesal (FAEP), bem como o patrocínio dado pela Fundação Araucária.

**Projeto de Fomento** – Obra resultado do incentivo da Fundação Araucária

D541r Dias, Bruno Smolarek.  
Repercussões do direito estrangeiro no direito processual civil brasileiro e no novo código de processo civil / Bruno Smolarek Dias, Celso Hiroshi Iochama. – Umuarama : Universidade Paranaense – UNIPAR, 2018. E-book.

ISBN 978-85-8498-370-4

1. Processo Civil. 2. Institutos processuais. 3. Direito estrangeiro e processo. I. Iochama, Celso Hiroshi. II. Universidade Paranaense- UNIPAR. III. Título.

(21 ed) CDD: 341.46

Bibliotecária Responsável Inês Gemelli CRB 9/966

# REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

## SUMÁRIO

### PREFÁCIO

LOS PROCESOS COLECTIVOS EM ARGENTINA .....	09
ASPECTOS RELEVANTES E CRITÉRIOS NECESSÁRIOS NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES NAS DEMANDAS REPETITIVAS .....	34
ASPECTOS ACTUALES DEL PROCESO CIVIL EN ARGENTINA.....	80
TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS VISTOS COMO NORMA CONSTITUCIONAL EM FUNÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	90
PRESENTE Y FUTURO DEL PROCESO CIVIL CHILENO: UMA REFORMA PENDIENTE.	119
AS DECISÕES DE OFÍCIO E A OITIVA PRÉVIA DAS PARTES. O DIREITO COMPARADO COMO INSPIRAÇÃO PARA A CONCEPAÇÃO DOS ARTS. 9.º E 10 DO CPC/2015.....	145
FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NO CPC DE 2015 .....	158

## **PREFÁCIO**

A entrada em vigor do Código de Processo Civil proporcionou novos panoramas para o estudo do processo. Neste contexto, ainda que tenha reiterando princípios já consagrados em algumas previsões legislativas, o novo Código de Processo Civil consagrou certas possibilidades até então não vivenciadas pela prática jurídica nacional, provocando necessários estudos e reflexões sobre sua incidência no comportamento dos operadores do Direito.

De fato, muitas modificações foram produzidas com a inserção expressa de princípios que, pela novidade normativa, causam e ainda causarão muitos debates envolvendo sua incidência, possibilidades e limites. Isso significa considerar a possibilidade de serem encontradas diversas lacunas decorrentes das expectativas geradas com a incidência de novos institutos ou institutos antigos que estão sendo repaginados.

Dentre os diversos caminhos que a investigação científica poderá seguir, pode-se dar um especial foco ao estudo do que está sendo produzido internacionalmente, a partir de experiências de outros países na normatização de condutas e/ou procedimentos que se assemelham à experiência brasileira. Certo de que a mera repetição da experiência estrangeira ao país é equivocada, por conta das particularidades vivenciadas por cada cultura, não se pode negar, outrossim, que analisar as vivências externas podem servir como um importante subsídio para se projetar as dificuldades e as possibilidades na aplicação dos institutos, ainda que medidas as particularidades do sistema brasileiro.

Considerando, portanto, a importância dessa experiência estrangeira, procurou-se propor abordagens que pudessem proporcionar à comunidade jurídica o tratando de alguns assuntos que poderiam promover relações entre pensamentos nacionais e estrangeiros sobre o novo Código de Processo Civil. Nessa perspectiva e diante da abertura de Edital de fomento pela Fundação Araucária do Estado do Paraná, o Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania, por ação de seu coordenador, Celso Hiroshi Iocohama e equipe composta pelos professores José Miguel Garcia Medina, Fabio Caldas de Araújo e Jonatas Luiz Moreira de Paula, participaram de seleção interna da Universidade Paranaense –

UNIPAR, sendo contemplados com uma parcial destinação de verbas recebidas pela Universidade em razão do referido Edital da Fundação Araucária.

Com a realização de diversos contatos com autoridades jurídicas estrangeiras e nacionais, logrou-se obter êxito com a presença de professores brasileiros, argentinos e chileno, para proferirem palestra para a comunidade jurídica de Umuarama, Paraná e região. Numa ação conjunta do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania com a Graduação em Direito do Campus Sede de Umuarama, da Universidade Paranaense – UNIPAR, aproveitou-se de evento anual e tradicional já promovido pela Graduação em Direito e, assim, foi organizado o “XXXII Ciclo de Estudos Jurídicos do Noroeste do Paraná e XIV Encontro Científico e VII Fórum Pedagógico do Curso de Direito da UNIPAR Sede”, nos dias 16 a 18 de agosto de 2017. A tradição do evento, com uma média de 700 participantes, foi escolhida pela aptidão em promover ampla divulgação desse conhecimento produzido, que logrou seu êxito.

O evento contou com a presença de seis palestrantes. Do Brasil, palestraram os professores brasileiros doutor Fabio Caldas de Araújo, do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAR, doutor Francisco Cardozo Oliveira, do Programa de Mestrado em Direito da UNICURITIBA (Paraná) e doutora Gisele Welsch, do Centro Universitário Metodista do IPA (Rio Grande do Sul). Da Argentina, palestraram a doutora María Victoria Mosmann e o doutor Carlos Enrique Camps (Universidad Nacional de la Plata). Do Chile, contamos com a palestra do doutor cristian Contreras Rojas (Universidade de Talca).

Assim, os trabalhos que ora são apresentados, decorrem das falas trazidas pelos professores no evento realizado. Há contribuições que não foram reproduzidas em palestras, mas que se somaram ao presente livro em consideração do desenvolvimento de temática correlata, somando-se à contribuição dos estudos voltados ao Direito estrangeiro e a compreensão de pontos importantes da sistemática processual vigente no Direito brasileiro.

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama  
Professor e Coordenador do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

Prof Dr. Bruno Smolarek Dias  
Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

## LOS PROCESOS COLECTIVOS EM ARGENTINA

María Victoria Mosmann<sup>1</sup>

### SUMARIO

I.- Estado actual de la legislación nacional. II.- Procesos colectivos y pretensiones que pueden ser deducidas en ellos. III.- Procesos con pretensión civil colectiva de responsabilidad civil por daños iniciados en la Republica Argentina análogos al previsto en el artículo 20 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. IV.- Procesos con pretensiones de cesación que tutelan derechos colectivos. V.- Publicidad de la iniciación del proceso colectivo. VI.- Pretensiones referidas a derechos naturalmente colectivos e individuales homogéneos, su relación. Un caso especial. La intervención del Ministerio Público Fiscal en la Provincia de Salta. VII.- Extensión subjetiva de las sentencias en los procesos colectivos. Formas de inclusión o exclusión de los efectos de la sentencia. Clases de alcances de la cosa juzgada. VIII.- Efectos que produce el ejercicio de una pretensión colectiva sobre procesos individuales conexos ya iniciados. Acumulación. Paralización. IX.- Procesos colectivos pasivos. Constitucionalidad. X.- Ejecución de sentencias en procesos tendientes a la tutela de los intereses difusos y los intereses individuales homogéneos. XI.- Reformas legislativas y avances jurisprudenciales en los últimos cuatro años respecto a procesos colectivos. XI.- Normas probatorias especiales para la prueba de los daños colectivos o difusos o para la acreditación de los daños individuales homogéneos. XIV.- Incentivos económicos para quien demanda la protección de los intereses difusos o de los intereses individuales homogéneos. XV.- Acciones colectivas ante tribunales arbitrales

### INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

El presente trabajo intenta mostrar el estado actual de los procesos colectivos en la República Argentina, haciendo eje en la carencia de regulación legal integral, y desde allí informar nuestro desarrollo con los aportes jurisprudenciales, en particular tomando los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que resultan definitorios en la situación descripta.

---

<sup>1</sup> Presidente de la Comisión de Investigación en Derecho Procesal en Colegio de Abogados de Salta, Argentina. Membro da Delegación Salta de la Federación de Ateneos e Derecho Procesal (FAEP).

<sup>2</sup>El presente trabajo tiene como base el Informe Nacional presentado por la autora en la XXV Jornada Iberoamericana de Derecho Procesal y XI Jornadas Brasileiras, Recife 2016.

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

## **I.- ESTADO ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL:**

La reforma constitucional de 1994 logró respecto al reconocimiento de derechos un avance que puede dimensionarse como de alto impacto jurídico, pero pasados 20 años de ella no logramos aún que el sistema jurídico infraconstitucional brinde una respuesta adecuada a quienes necesitan solución a sus conflictos fundado en derechos colectivos de orden constitucional.

En particular la Constitución reformada en su artículo 43, segundo párrafo, habilita la garantía del proceso de amparo colectivo contra “cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

La mayoría de los códigos procesales de las provincias argentinas y de la Nación, no fueron conformados al nuevo marco constitucional a través de reformas integrales, contando muchas de las provincias con reformas apenas parciales, y en la mayoría de los casos no se han dictado regulaciones específicas sobre procesos colectivos. Las provincias en general mantienen básicamente los lineamientos del Código Procesal Civil de la Nación sancionado en el año 1968, que como es evidente es -por mucho- anterior a la reforma del '94. Y en lo que a procesos colectivos refiere, las provincias de Buenos Aires, San Juan, La Pampa, Tierra del Fuego cuentan con normas locales de procedimiento que regulan dicho trámite.

Ese estado de situación generó que en los hechos, muchos de los reclamos jurisdiccionales realizados invocando los nuevos derechos incluidos en la Constitución Nacional reformada no contaran con vías aptas para lograr su restablecimiento, y en consecuencia se mostrara al sistema judicial como ineficaz.<sup>3</sup>

En el amplio panorama de necesidades que reclaman ser resueltas a través de una regulación de los procesos colectivos, encontramos diversos tópicos destacados:

1) La actual carencia de regulación sistémica: traducida en la dispersión de las normas procesales que regulan los procesos colectivos en la Constitución Nacional y en leyes de

---

<sup>3</sup>Mosmann, Victoria, Voces en el Fenix

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

fondo, tales como la Ley General del Ambiente (25.675) y la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) que contienen algunas reglas procesales específicas que sólo resultan aplicables en los procesos en los que se reclaman los derechos que dichos ordenamientos protegen.

2) El estado de in-seguridad jurídica: actualmente los casos o conflictos colectivos son planteados, tramitados y resueltos de modo diverso, con una gran variación en el tratamiento dado al procedimiento que adoptan los magistrados en las distintas jurisdicciones del país, y también de acuerdo a las distintas temáticas sustanciales debatidas.

3) El derecho a una técnica procesal adecuada a la tutela de las necesidades del derecho material, como derivación del derecho de acción. El derecho de acción tiene como corolario el derecho a las técnicas procesales adecuadas a las necesidades del derecho material, y entre esas técnicas se encuentran los procedimientos para permitir el acceso a la jurisdicción de los derechos colectivos e individuales homogéneos.

4) La nuevas formas que deben adoptarse para sostener la vigencia del Derecho de defensa de quienes sin participar de modo directo en el proceso, serán alcanzados por los efectos de la sentencia.

Ante este marco de situación la Corte Suprema ha dado pautas de seguimiento (debe recordarse que en Argentina no existe ley que imponga que los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina son obligatorios para los tribunales inferiores, y la vinculatoriedad de su jurisprudencia puede extraerse del contenido de sus mismos fallos<sup>4</sup>) en

---

<sup>4</sup>Mosmann, Victoria, (en proceso de publicación editorial RubinzalCulzoni) “El periplo (de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a la obligatoriedad de seguimiento de sus sentencia) fluyó de la obligatoriedad genérica, a la del caso concreto. Ha preservado luego las convicciones de los magistrados, para concluir más tarde –posición que se mantiene en la actualidad- que sería inconveniente para la comunidad que si los precedentes no eran debidamente considerados y consecuentemente seguidos, afirmando su superioridad institucional y calificando de arbitrarias a las sentencias que se desentienden de sus antecedentes. Sedlacek en apretada síntesis explica que “a lo largo de la historia y desde los comienzos de su funcionamiento (en 1863), ha sido la propia CSJN la que ha ido construyendo una doctrina interpretativa del efecto vertical de sus decisiones. El primer antecedente generalmente citado sobre esta cuestión, corresponde a la causa “Videla”, del año 1870, donde la Corte confirmó, “por sus fundamentos”, un fallo en el cual el juez federal se había valido de precedentes de ella para arribar a la solución. Además, en esa sentencia el magistrado había manifestado, explícitamente, que los tribunales inferiores estaban obligados a conformar sus decisiones a las de la Corte Suprema en casos análogos. Luego vino “Pastorino” (1883), mucho después “Cerámica San Lorenzo” (1985), fallo que, a pesar de esas inconsistencias notorias, lidera el estado actual de la jurisprudencia, en este aspecto, ya que posteriormente, en el caso “Herminia del Carmen González”, del año 2000, la CSJN insistió en que los jueces inferiores podían “apartarse de ellas [de las resoluciones del Tribunal] cuando mediaban motivos valederos para hacerlo, siempre que tal abandono hubiera sido debidamente fundado en razones novedosas y variadas (Fallos:262:101; 302:748; 304:898 y 1459; 307:2124; 312:2007; 321:3201, entre otros...” .

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

casos colectivos tales como los casos “Mendoza”, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986." (CSJN, 24/2/09, Fallos 332:111), "Cavalieri, Jorge y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo" (CSJN, 26/6/12, C. 36. XLVI. Fallos 335:1080), "PADEC c. Swiss Medical S.A." (CSJN, 21/08/2013, P.361.XLIII), "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. – ley24.240 y otro s/amp.proc. sumarísimo. (art. 321, inc. 2º, C.P.C. yC.)" (CSJN, 6/3/14, U. 2. XLV), "Unión de Usuarios y Consumidores C/ Telefónica de Argentina S.A. s/ sumarísimo" (CSJN, 6/3/14,U. 56. XLIV), "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa e/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario." (CSJN, 24/6/14, C. 1074. XLVI.), "Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. si ordinario" (CSJN, 24/6/14, C. 519. XLVIII), y “Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión S.A. s/ Amparo” (CSJN, 23/9/14, M.1145.XILX) entre otros. Y también, el mismo Tribunal ante la persistencia en el estado de anomia provocado por la quietud legislativa, la Corte Suprema ha dictado dos Acordadas, una creando el Registro de Procesos Colectivos, y otra estableciendo una reglamentación procesal (Acordadas 32/2014 y 12/2016 respectivamente).

## **II.- PROCESOS COLECTIVOS Y PRETENSIONES QUE PUEDEN SER DEDUCIDAS EN ELLOS:**

Los procesos colectivos en Argentina son el conducto por el que transcurren los reclamos por pretensiones que involucran derechos naturalmente colectivos e individuales homogéneos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Halabi”, considerando 11 y 12 zanja el debate existente respecto a la posibilidad de reclamos jurisdicciones para obtener el restablecimientos de vulneraciones a derechos individuales homogéneos.

Allí el Tribunal dijo que “los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de petitionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa”.

El mismo precedente también dio acabado detalle sobre el contenido y extensión de los derechos *individuales homogéneos*, incluyendo en ellos a los reclamos derivados de daños ocasionados por rebote (*par ricochete*). La Corte determinó que

“la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño. Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente aun integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos”.

### **III.- PROCESOS CON PRETENSIÓN CIVIL COLECTIVA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS INICIADOS EN LA REPUBLICA ARGENTINA ANÁLOGOS AL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA**

En nuestro país se han planteado casos diversos en defensa de derechos individuales homogéneos, tales como los deducidos contra las empresas de telecomunicaciones, contra obras sociales, contra empresas de seguros, consumidores financieros, personas discriminadas en razón de su género, entre otros. A modo de ejemplo de los numerosos planteos efectuados a lo largo del país, podemos referirnos a los antecedentes enumerados en el punto I de éste relato.

### **IV.- PROCESOS CON PRETENSIONES DE CESACIÓN QUE TUTELAN DERECHOS COLECTIVOS:**

El artículo 30 de la Ley General del Ambiente (25.675) prevé una acción de amparo con el objeto de lograr el cese de la acción u omisión que causa daño ambiental. Dice

“producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida

MOSMANN, M. V. *Los Processos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. *Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo*".

Esta acción de amparo por cese, cuenta con una legitimación popular al habilitar a "toda persona" a interponerla, y es así que se la denomina en doctrina como acción popular de amparo por cese<sup>5</sup>.

También el artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor habilita la interposición de acciones judiciales cuando el usuario o el consumidor resulten "amenazados" en sus derechos.

Las previsiones citadas son manifestación de la función preventiva de la responsabilidad civil, que en nuestro sistema normativo de derecho privado ha sido incorporada de modo genérico con la reciente reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el mes de agosto de 2015.

Peyrano, define a la tutela preventiva como aquella que "persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque verter o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción"<sup>6</sup>. Calamandrei<sup>7</sup> ya distinguía con una relación de genero a especie, la tutela preventiva y la tutela cautelar, explicando que la primera actúa ante un daño inminente, o ya producido para evitar su prolongación en el tiempo y/o el agravamiento de la lesión ya causada, en contraposición a la tutela represiva que actúa ante el daño consumado.

En argentina, el reconocimiento constitucional de los derechos contenidos en los arts. 41 (ambiente), 42 (consumidor), y 43 (discriminación, datos personales, libertad individual), impone como corolario el derecho a la tutela preventiva. Ya que "afirmar ciertos derechos que

<sup>5</sup>SAGÚÉS, Néstor P. "El amparo ambiental", LL, 11 de junio de 2004, año LXVIII, N° 113

<sup>6</sup>PEYRANO, J., *La acción preventiva*, LexisNexis – AbeledoPerrot, 2004, pág. 36

<sup>7</sup>CALAMANDREI, P., *Providencias cautelares*, traducción de Santiago SentisMelendo, 1945, pág. 40.

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

por su naturaleza son inviolables y no poner a disposición del justiciable un proceso realmente preventivo, es lo mismo que apenas proclamar estos derechos, con un objetivo meramente demagógico y mistificador”<sup>8</sup>.

También esta incorporación de la función preventiva en el Código Civil y Comercial, parece seguir el derrotero de la Ley General del Ambiente en cuanto a la amplitud de la legitimación. En efecto, el artículo 1711 dispone que “la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”, luego el artículo 1712 regula la legitimación habilitando a quienes acreditan un “interés razonable en la prevención del daño”.

Así entonces, si bien no llega al extremo planteado en la legitimación prevista por la Ley General del Ambiente al referirse a cualquier persona, requiere que quien titularice el reclamo acredite un interés razonable.

## **V.- PUBLICIDAD DE LA INICIACIÓN DEL PROCESO COLECTIVO:**

La carencia de regulación normativa respecto a los procesos colectivos, también alcanza a la publicidad de tales litigios.

Ante esta situación de anomia regulatoria la Corte Suprema en el caso “Halabi”, puntualmente en el considerando 20, dijo que

“ante la ya advertida ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, se torna indispensable formular algunas precisiones, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la “acción colectiva” que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean

---

<sup>8</sup>MARINONI, L., *La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil*, en <http://www.marinoni.adv.br/>

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

comunes y homogéneas a todo el colectivo. *Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos*".

Dicho precedente data del año 2009, y ante la carencia de regulación es que la Corte Suprema en el año 2014 dictó la Acordada N° 34 que crea el Registro de Procesos Colectivos y que contiene previsiones sobre los datos relativos a dichos procesos que habrán de registrarse a los fines de dar publicidad a las acciones en trámite. El mismo tribunal dijo que

“la existencia de un Registro de Acciones Colectivas tiende entonces a evitar el escándalo jurídico que podría representar el dictado de decisiones contradictorias en causas conexas o superpuestas y a lograr la economía procesal que mejor se ajuste a un adecuado servicio de justicia. Asimismo, el registro brindara información a los tribunales y a los legitimados colectivos o individuales acerca de la existencia de procesos de esa naturaleza y favorecerá el acceso a justicia al permitir a los habitantes conocer la existencia de procesos y sentencias de las que puedan ser beneficiarios" ("Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A.").

En fecha reciente el Máximo Tribunal Nacional dictó la Acordada N° 14/16 que complementa la citada Acordada N° 32, en la que dispone que una vez efectuada la inscripción del proceso por el Registro, el juez dará curso a la acción y, en su caso, ordenara correr traslado de la demanda, y que luego de resueltas las excepciones previas o con anterioridad a la celebración de la audiencia prevista en el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el juez dictara una resolución en la que deberá ratificar o formular las modificaciones necesarias a la resolución de inscripción a que se refiere el punto *y determinar los medios más idóneos para hacer saber a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso, a fin de asegurar la adecuada defensa de sus intereses.*

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

## **VI.- PRETENSIONES REFERIDAS A DERECHOS NATURALMENTE COLECTIVOS E INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS, SU RELACIÓN:**

Los procesos en los que se reclama el restablecimiento de derechos naturalmente colectivos, y aquellos en los que se busca la vigencia de un derecho individual homogéneo pueden tramitar por separado o, en aquellos casos en que exista una causa común, como podría ocurrir en el caso de daños causados al patrimonio individual de una persona ocasionados a través de un daño colectivo al ambiente, pueden reclamarse ambos derechos en un trámite conjunto.

A su vez podría suceder que en un proceso iniciado por uno de los legitimados extraordinarios se demande en virtud de derechos individuales homogéneos y finalmente se logre el reconocimiento de derechos a favor de un grupo de consumidores, luego los miembros del grupo deberán comparecer al proceso a fin de obtener el concreto resarcimiento a su derecho individual para lo cual deberán probar el daño efectivamente sufrido por vía incidental estimando y demandado su indemnización particular (artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor).

La Ley General del Ambiente permite el ingreso posterior al proceso colectivo de otros legitimados distintos del reclamante en calidad de terceros. El artículo 30 de la Ley General del Ambiente dice

“producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros”.

El artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor dispone que:

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

“en las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes decualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas. Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal”

El caso de la intervención del Ministerio Público Fiscal en procesos colectivos, tiene un doble rol. Primero como legitimado extraordinario directo y subsidiario. Como legitimado extraordinario en virtud de las disposiciones del artículo 41 de la ley 24.946, que expresa

“Los fiscales ante la justicia de Primera Instancia Federal y Nacional de la Capital Federal, en lo Civil y Comercial, Contencioso Administrativo, Laboral y de Seguridad Social, tendrán los siguientes deberes y atribuciones: a) Hacerse parte en todas las causas o trámites judiciales en que el interés público lo requiera de acuerdo con el art. 120 de la Constitución Nacional, a fin de asegurar el respeto al debido proceso, la defensa del interés público y el efectivo cumplimiento de la legislación, así como para prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan”.

Al respecto la Corte Suprema en el caso “Mendoza”<sup>9</sup> así lo entendió cuando dictó con fecha 23 de julio de 2008 una resolución interlocutoria en la que dijo: No debe soslayarse, además, que el Ministerio Público Fiscal cuenta con ingentes atribuciones en causas concernientes a la prevención y remediación de daños al medio ambiente, al punto que se le autoriza para hacerse parte en dichos procesos (art. 41, inc. a), ley 24.946) .

Luego, la legitimación subsidiaria es la otorgada para el caso de desistimiento o abandono de la acción por parte de otro legitimado extraordinario (artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor).

Y en segundo lugar, el Ministerio Publico Fiscal actúa como fiscal de la ley.

Así, por imperativo del artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor, en los casos en que no actúa como parte, toma intervención obligada como fiscal de la ley; y también lo

---

<sup>9</sup>CSJN, M.1569.XL.

MOSMANN, M. V. *Los Processos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO**... Umuarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

hará en los restantes procesos colectivos en lo que se invoquen normas de orden público, o lo torne necesario el respeto a la garantía del debido proceso, o la necesidad de velar por el efectivo cumplimiento de la legislación.

También se refiere a la intervención del Ministerio Público Fiscal la Acordada N° 32 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que crea el Registro de Procesos Colectivos al disponer que deberá comunicarse a dicho registro “que se ha dado intervención al Ministerio Público Fiscal en virtud de lo previsto en los artículos 25, inciso a y 41, de la ley 24.946, identificándose la unidad interviniente y el carácter en el cual la Fiscalía participa en el proceso”

### **Un caso especial. La intervención del Ministerio Público Fiscal en la Provincia de Salta**

Un caso paradigmático en el control de representatividad adecuada por parte del Ministerio Público Fiscal se ha dado en la provincia de Salta, donde a consecuencia de la remisión a dictamen al procurador general de la Provincia en el marco de un amparo colectivo, éste emitió un dictamen con vocación regulatoria por el que propuso implementar una práctica que actualmente se sigue en los procesos colectivos que se desarrollan en dicha provincia argentina. El antecedente referido es el caso “Codelco”, en el cual, luego de trabada la litis en el proceso de amparo planteado por la ONG, el juez interviniente dispuso dar vista al procurador general de la provincia<sup>10</sup>, a fin de que dictaminara sobre la representación adecuada del representante de la clase y, en su caso, integrase la litis haciendo uso de su legitimación extraordinaria subsidiaria. Allí, la respuesta redobló la carga, el procurador pidió que se confiriera —en el futuro— vista previa a la traba de la litis a fin de proteger el interés general en todos los procesos colectivos, para así dictaminar sobre la representatividad adecuada, haciendo un aporte a la resolución que habrá de tomar finalmente el juez. En esta participación del Ministerio Público Fiscal, el interés público aparece en la necesidad de protección de los derechos de los miembros del grupo que se encuentran ausentes en el proceso. Este formato emergente de la praxis judicial se ha extendido, y en la actualidad el

---

<sup>10</sup> El procurador general de la Provincia es la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal de la provincia de Salta de acuerdo a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Provincia de Salta, N° 7328

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

Ministerio Público Fiscal dictamina en la generalidad de los procesos colectivos que tramitan en esa provincia. Un dato relevante resulta ser que esta práctica también por la Corte de Justicia de la Provincia, que en el caso “Arata, Antonio y otros c/Ing. Torino, Antonio y otros s/amparo”<sup>11</sup> (CSJ, Salta, Expte. N° 35.065) dispuso remitir el expediente a dictamen del procurador general de la Provincia a fines del control de la representatividad adecuada. En dicha causa se pretende la prohibición de fumigación aérea y terrestre sobre los predios lindantes al pueblo de Antillas y dentro de un radio de distancia razonable del ejido urbano.

Esta visión, puede aparecer polémica al transformar —en algunos casos—, cuestiones de índole privada, como los daños patrimoniales causados a los consumidores o los ocasionados a los particulares por rebote (par ricochette) o a través del ambiente, en cuestiones públicas. Pero se ha entendido que, aun en estos casos la protección de los consumidores trasciende totalmente a la relación privada entre consumidor y empresario, cuando el empresario ha puesto su producto en el mercado de forma masiva. Por tanto, en estos casos, no hay que atender a la afectación individual de un grupo de consumidores, sino a las innegables consecuencias sociales de esa afectación. El interés público en la protección del consumidor claramente no es fraccionable solamente entre los que hayan adquirido el producto, sino que interesa a toda la sociedad en general porque a todo el mundo interesa el buen funcionamiento del mercado de consumo<sup>12</sup>, apreciaciones que hacemos extensivas para los casos de daños patrimoniales derivados de daños al ambiente. Las voces críticas respecto de esta particular intervención hacen alusión a la falta de especialización de los miembros del Ministerio Público, a su estructura organizacional, o a su falta de independencia del poder político. En el caso tomado como motivador para el análisis, esto es la actuación del Ministerio Público Fiscal de la provincia de Salta, el perfil del organismo parecería despejar algunas de estas críticas. La Constitución de la Provincia de Salta diseñó al Ministerio Público como un órgano extrapoder<sup>13</sup>, tal como fue pensado por el constituyente nacional en la reforma de

---

<sup>11</sup> Providencia del presidente de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta de fecha 17/5/12, en la cual invoca los arts. 166, inc. f) de la Constitución Provincial; 47 del CPCC, 32, inc. 2º y 58 de la ley 7328 y ley 7070, todas de la provincia de Salta

<sup>12</sup> Así lo sostiene NIEVA FENOLL, en “El procedimiento...”, Revista de Derecho Mercantil, cit., siguiendo a Gascón Inchausti

<sup>13</sup> Art. 167 de la Constitución de la provincia de Salta: “En el ejercicio de sus funciones el Ministerio Público es autónomo e independiente de los demás órganos del Poder Público”.

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

1994, por lo que el modelo podría hacerse extensivo al sistema de la justicia federal que cuenta con un Ministerio Público previsto como un órgano ajeno a los restantes poderes.

Esta experiencia local fue analizada por la doctrina, y calificada como uno de los resortes posibles en la búsqueda de instrumentos adecuados para asegurar que la efectividad de los sistemas de enjuiciamiento grupal sea compatible con la garantía del debido proceso<sup>14</sup>.

## **VII.- EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LAS SENTENCIAS EN LOS PROCESOS COLECTIVOS. FORMAS DE INCLUSIÓN O EXCLUSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA. CLASES DE ALCANCES DE LA COSA JUZGADA.**

En los procesos colectivos, en razón de la naturaleza de los derechos en juego, tanto los naturalmente colectivos como los individuales homogéneos, y la legitimación extraordinaria vigente para su reclamo, encontramos que la extensión subjetiva de la sentencia no coincide con el alcance clásico de la cosa juzgada. En estos casos son los miembros del grupo o la clase a quienes alcanzarán los efectos de la sentencia independientemente de su participación personal y directa en el proceso o no.

En el ya citado fallo “Halabi” la Corte Suprema ha destacado, como de la esencia de las acciones colectivas el carácter *erga omnes* de la sentencia emitida en el proceso. El voto de la mayoría del Alto Tribunal en el precedente “Halabi” distingue, por un lado, los derechos individuales, y por el otro los derechos de incidencia colectiva. Y entre estos últimos distingue los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, los que conforman las “acciones de clase”. Con relación a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, ha señalado la Corte que cuando en estos casos se ejerce “en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación” (consid. 11).

---

<sup>14</sup> GIANNINI, Leandro J., “Legitimación y representatividad adecuada en los procesos colectivos: una experiencia local (Salta): el rol del Ministerio Público en el control de representatividad adecuada”, [[http://www.procesoscolectivos.net/ve\\_artigo.asp?id=82](http://www.procesoscolectivos.net/ve_artigo.asp?id=82)].

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

Con relación a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, ha señalado la Corte que habiendo “homogeneidad fáctica y normativa”, resulta razonable que la sentencia que tutela el derecho individual de una persona, se extienda a la tutela de los derechos individuales de las restantes personas afectadas por ese factor común: en tales caso, agrega, cabe “la realización de un solo juicio con efectos extensivos de la cosa juzgada que se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”, que requerirá la formación de incidentes independientes de ejecución, en el cual cada interesado deberá acreditarlo (consid. 12).

La Ley de Defensa del Consumidor en su artículo 54 dispone que “...La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga”.

El art. 54 de la ley 24.24056 recepta el instituto de la opción de salida u *opt out* en los supuestos de transacciones y de la sentencia. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

Dicha previsión sostiene Salgado<sup>15</sup> que no es sistémica. Es fácil advertirlo cuando se repara que se ha seguido un mecanismo de preclusión unilateral o *secundum eventum litis* en relación a la eficacia de la cosa juzgada. Sin embargo, ambos institutos, el de la cosa juzgada que considera el resultado del pleito y el del *opt out*, normalmente no se conectan en el mismo ordenamiento, puesto que si la sentencia sólo podrá beneficiara la clase no tendría sentido la opción de salida.

También la Ley General del Ambiente en su artículo 33 regula los efectos de la cosa juzgada en materia de procesos por daño ambiental “La sentencia hará cosa juzgada y tendrá

---

<sup>15</sup>Salgado, José María, “Procesos Colectivos”, Editorial Cátedra Jurídica.

MOSMANN, M. V. *Los Processos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.”

### **VIII.- EFECTOS QUE PRODUCE EL EJERCICIO DE UNA PRETENSIÓN COLECTIVA SOBRE PROCESOS INDIVIDUALES CONEXOS YA INICIADOS. ACUMULACIÓN. PARALIZACIÓN.**

La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 12/16 en sus considerandos reiteró los argumentos dados en el precedente “Municipalidad de Berazategui” en el cual dijo que la insuficiencia normativa no empece a que, con el fin de prevenir que se menoscabe la garantía del debido proceso legal, se adopten, por vía de interpretación integrativa, pautas mínimas indispensables de prelación para que se eviten pronunciamientos contradictorios derivados de procesos colectivos en los que se ventilan pretensiones sobre un mismo bien jurídico.

Así, en la reglamentación que se establece a través de la citada Acordada, se impone que quien interponga una demanda colectiva deberá denunciar con carácter de declaración jurada, si ha iniciado otra u otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva (inciso d del punto II del Anexo) y realizar la consulta al Registro Publico de Procesos Colectivos respecto a la existencia de otro proceso en trámite cuya pretensión guarde sustancial semejanza (inciso e del punto II del Anexo).

Luego de interpuesta la demanda, el mismo instrumento regulador dispone que previo al traslado de la demanda el Juez debe requerir al Registro que informe respecto de la existencia de un proceso colectivo en trámite que guarde sustancial semejanza en la afectación de derechos de incidencia colectiva (punto III del Anexo). Y si de dicho informe surge que existe un proceso anterior registrado con similitud en el planteo, debe remitir el expediente al juez ante el cual tramita dicho proceso (punto IV del Anexo).

Resulta entonces que se instaura una relación de prelación en la acumulación entre reclamos sustancialmente análogos dada por la prevención del órgano jurisdiccional. El punto VII del Anexo de la Acordada Reglamentaria dice que la inscripción en el Registro de

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

Procesos Colectivos produce la remisión al tribunal en el que tramita el proceso inscripto de todos los procesos cuya pretensión presente sustancial semejanza en la afectación de derechos de incidencia colectiva.

## **IX.- PROCESOS COLECTIVOS PASIVOS. CONSTITUCIONALIDAD.**

Sostiene la doctrina nacional que el control de representatividad adecuada en los procesos colectivos debe ser realizado por integrar el derecho de defensa de los miembros contenidos en el grupo o clase.

Oteiza y Verbic afirman que “los procesos colectivos son una garantía constitucional en la República Argentina. La Constitución Nacional receptó las legitimaciones colectivas, y por tanto, implícitamente, receptó también la cosa juzgada expansiva (afirmamos esto ya que si los efectos de la sentencia no adquieren cualidad de cosa juzgada para todos los miembros del grupo afectado, hablar de legitimación colectiva sería un eufemismo). No obstante, tal garantía constitucional no se encuentra aislada, y por tanto debe compatibilizarse con otras. *Especialmente, con la de debido proceso legal de los miembros del grupo representado. Teniendo en cuenta el alto sacrificio que implican los procesos colectivos para la autonomía individual de las personas afectadas, y considerando que la presencia de tales personas en el marco del debate atentaría contra la razón misma de establecer este tipo de mecanismos de discusión, la única forma de compatibilizar la existencia de un sistema procesal colectivo con la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo es el ejercicio de un estricto control de parte del juez respecto de la calidad de quien asume su representación (parte y abogados, claro está).* En este marco, y por más que no exista regulación positiva al respecto, la necesidad de que el juez controle que el representante y sus abogados ejercerán una vigorosa defensa del grupo configura una verdadera y propia exigencia constitucional. Sólo de tal modo puede justificarse la litigación colectiva del conflicto a la luz de la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo”<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup>Aut. Cit., Lexis Nº 0003/014882, «La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo "Halabi"?»

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

Es así que en el marco de la falta de legislación que regule los procesos colectivos en la República Argentina, y siendo que la jurisprudencia ha sido receptiva con estos tramites de litigación masiva, comparto con los autores referidos que el control de representatividad en el caso de la acción colectiva pasiva debe realizarse rigurosamente a fin de evitar que el derecho constitucional de defensa en juicio se vea afectado.

Ahora bien, la dificultad se presenta en el caso en pensar quien cumplirá la carga de los gravámenes que implica la conformación de un proceso colectivo, y que en los términos expuestos por los autores antes citados debe concurrir en el caso a fin de no afectar los estándares mínimos del derecho de defensa de los miembros de la clase pasiva. Salgado<sup>17</sup> afirma que son los actores que actúan en clave individual, quienes deberán cumplir las correspondientes cargas procesales como son: la descripción de la clase, centrarla pretensión en las cuestiones comunes, que éstas prevalezcan sobre las individuales, demostrar la necesidad de accionar bajo esta especie de tutela y que ella es superior a otro mecanismo disponible. Además, deben demandar a aquellos que representen los intereses y defensas comunes a todos los integrantes de la clase demostrando que pueden sostener aquéllas y representar adecuadamente los derechos de los miembros ausentes, entre otras cosas.

## **X.- EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN PROCESOS TENDIENTES A LA TUTELA DE LOS INTERESES DIFUSOS Y LOS INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS.**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo en “Halabi” que en el caso de los derechos individuales homogéneos “hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”.

La Ley de Defensa del Consumidor en su artículo 54 regula cómo habrá de dictarse la sentencia en casos de derechos individuales homogéneos a fin de lograr que la reparación del daño patrimonial causado pueda ser resarcida a los usuarios o consumidores. Esta norma refiere puntualmente a aquellos casos en que el litigio verse sobre una cuestión con contenido

---

<sup>17</sup>Salgado, Jose María, “Procesos Colectivos

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

patrimonial y dispone que deberán establecerse las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación, ello sobre la base del principio de reparación integral.

En el caso que se tratase de una restitución de sumas de dinero, manda que se haga por los mismos medios que fueron percibidas, por ejemplo si se tratase del pago de un cargo por un servicio público que fue dispuesto de modo indebido, se procederá a su devolución descontándolo en la próxima facturación o en las sucesivas; y en caso de no ser posible se dispondrá un sistema que permita que los afectados puedan acceder a la reparación.

Para el caso en que los afectados no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado.

También contiene una especial previsión para aquellos casos en que el daño que ha sufrido cada afectado sea diferenciado, lo que torna necesario que por vía incidental se estimen y demanden las indemnizaciones particulares que les corresponda a cada uno.

En el caso “Sisnero”, en el que una mujer y una ONG demandaban reclamando por el derecho al acceso al empleo de conductora del servicio público de transporte de pasajeros, para la actora y para todas las mujeres que quisieren acceder a dicho trabajo, se hizo lugar a la demanda y se diseñó una forma de ejecución de la sentencia a fin de que se logre la efectiva consecución del objeto de la demanda.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> En el considerando 18 la Corte de Justicia de Salta en virtud de un reenvío operado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que revocó la anterior sentencia dictada que “bajo los parámetros antes señalados, corresponde confirmar la procedencia del amparo colectivo y, sin perjuicio de ello, modificar parcialmente la sentencia apelada respecto de la modalidad con que deberán llevarse a cabo las medidas de acción positiva, para asegurar el cese de la discriminación y la fijación del programa que aquí se establece, tendiente a revertir la situación denunciada por las actoras. En consecuencia, disponer que las empresas de transporte integrantes del sistema de transporte público de pasajeros deberán presentar por nota, en conjunto, ante la Autoridad Metropolitana de Transporte, dentro del plazo de 15 días hábiles de la notificación de la presente y bajo apercibimiento de astreintes, un listado que especifique, de modo unificado, los requisitos técnicos, psicofísicos y de pruebas de conducción que exigen para la admisión de postulantes a integrar sus respectivos planteles de choferes de unidades de transporte público, especificando las modalidades de evaluación, conforme a pautas que aseguren igualdad de oportunidades de empleo y un único criterio de selección, excluyente de toda forma de discriminación. Dicha nota quedará registrada en la AMT, para consulta pública de los requisitos vigentes y para verificación del cumplimiento de lo que aquí se dispone. Toda mujer que desee ser contratada como conductora de ómnibus en el sistema de transporte público de la Región Metropolitana de Transporte y que cumpla con los requisitos vigentes para postularse, deberá inscribir su solicitud en un registro que llevará la Autoridad Metropolitana de Transporte la que confeccionará y mantendrá actualizado por estricto orden de presentación, el que podrá ser consultado por cualquiera del público. En el listado figurará, en primer lugar, la señora Mirtha Graciela Sisnero, por haberse admitido la acción de amparo a su favor, sin perjuicio de que ella deberá actualizar la acreditación de los requisitos vigentes para la postulación. Para contratar choferes de unidades de transporte público, las empresas deberán

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

Otro caso paradigmático es el caso “Mendoza”, al que podemos recurrir como modelo en búsqueda de soluciones a fin lograr la ejecución de sentencia en casos en que se demanda por derechos naturalmente colectivos como el derecho ambiental. En este caso al dictarse la sentencia de fondo sobre la pretensión referida a la recomposición del ambiente y la prevención de nuevos daños en el futuro, se condenó a la ACUMAR, al Estado Nacional, la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires a tomar diversas medidas con la finalidad de recomponer el medio ambiente y evitar que se produzcan mayores daños en el futuro, con una estructura y un objeto que comulgan en gran medida con los contornos que adquieren las *structuralinjunctions* en el sistema estadounidense (Verbic, 2008).

Allí se fijaron criterios generales delimitados en un programa, dejando en manos de los demandados la elección de las acciones concretas que fueran necesarias para cumplir los objetivos allí trazados, para evitar la intromisión jurisdiccional en cuestiones de neto corte político. La ejecución de esta compleja sentencia fue delegada por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Juez a cargo del Juzgado Federal de Quilmes.

---

remitirse al referido listado de postulantes, a partir de la fecha y deberán incorporar dos mujeres por cada hombre, comenzando por mujeres, hasta alcanzar cada una de las empresas progresivamente, como mínimo, un 30% de mujeres en la composición de su planta de conductores. La elección de conductoras mujeres por parte de las empresas -una vez evaluada la postulación de la señora Sisnero mientras ella no haya sido incorporada y permanezca inscripta en el registro de la AMT-, podrá recaer en cualquiera de las que se encuentren inscriptas en tal registro, sin que sea necesario observar el orden de antigüedad en la inscripción y bajo iguales parámetros de idoneidad. El porcentaje establecido y la modalidad de incorporación prioritaria de mujeres no podrán ser omitidos, salvo en caso de no existir mujeres inscriptas en el registro de postulantes que llevará la AMT. En tales circunstancias, la empresa que decida la contratación de un chofer, deberá obtener previamente de la Autoridad Metropolitana de Transporte la respectiva constancia. La empresa que viole lo dispuesto en la presente resolución, deberá abonar en carácter de compensación, un monto mensual idéntico al sueldo del chofer de mejor remuneración -incluidas cargas de familia y antigüedad en la empresa-, a la mujer que estuviera en el primer lugar del listado de postulantes, hasta tanto no sea contratada ella u otra de las que integran la lista. Las medidas dispuestas en el presente considerando configuran un programa provisorio que no sustituye la actividad que corresponde a otros estamentos del gobierno y regirán hasta que sean reemplazadas por otras legales, reglamentarias o convencionales que establezcan la obligatoriedad de aplicación de condiciones equivalentes a las aquí fijadas. Asimismo, la Autoridad Metropolitana de Transporte, dentro de los 30 días hábiles de notificada la presente, bajo apercibimiento de aplicación de astreintes, deberá poner en vigencia un programa de capacitación y sensibilización en la temática de género, que instituya acciones permanentes que desarrollarán las empresas prestadoras del servicio público de transporte colectivo de pasajeros, para la promoción de condiciones de efectiva igualdad de oportunidades laborales, sin discriminación de ninguna clase, que comprenda capacitación continua en materia de trato digno y respetuoso en el ámbito laboral entre compañeros y compañeras de trabajo y para con los pasajeros y el público en general. Conforme el criterio aplicado por este Tribunal en el fallo registrado en Tomo 136:695, el juez del amparo controlará, periódicamente, el cumplimiento de lo aquí resuelto, con amplias facultades, inclusive para la determinación de astreintes.”

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

## **XI.- REFORMAS LEGISLATIVAS Y AVANCES JURISPRUDENCIALES EN LOS ÚLTIMOS CUATRO AÑOS RESPECTO A PROCESOS COLECTIVOS**

Tal como ya expresamos, la República Argentina carece de una regulación sistémica de los procesos colectivos, encontrándose el esquema actual regido por los parámetros dados por normas sectoriales tales como la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley General del Ambiente. Tal como se destaca a lo largo del presente relato, es la jurisprudencia la que ha marcado en los fallos citados las líneas de procedimiento que deben seguirse en estos casos, y luego las Acordadas 32 y 12 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La única referencia normativa con la que contamos en estos últimos cuatro años es la modificación introducida por la ley 26.993 a la Ley de defensa del Consumidor, creando el COPREC – Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo y también la Justicia Nacional en la Relaciones de Consumo con competencia para las causas referidas a las relaciones de consumo en las que el monto de la demanda al tiempo de incoar la acción no supere el valor equivalente a 55 salarios mínimos, vitales y móviles. Siendo ésta limitante motivo de debate respecto a su competencia en reclamos colectivos por derechos individuales homogéneos, en tanto la sumatoria de las pretensiones patrimoniales superaría el límite económico previsto por la ley.

## **XI.- NORMAS PROBATORIAS ESPECIALES PARA LA PRUEBA DE LOS DAÑOS COLECTIVOS O DIFUSOS O PARA LA ACREDITACIÓN DE LOS DAÑOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS**

El artículo 32 de la Ley General del Ambiente dispone que “el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica”. Y el artículo 33 que “Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

impugnación”. La parte final de este artículo – al que ya nos referimos- regula los efectos de la sentencia colectiva rechazada por cuestiones probatorias, a la que no le asigna el carácter de cosa juzgada.

#### **XIV.- INCENTIVOS ECONÓMICOS PARA QUIEN DEMANDA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DIFUSOS O DE LOS INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS**

La Ley de Defensa del Consumidor en el artículo 55 prevé el beneficio de justicia gratuita en los procesos de consumo. Al respecto la Corte Suprema de Justicia en el año 2011 en el caso “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo.” puntualizó que no correspondía pronunciarse sobre la condena en costas “en virtud de lo establecido en el artículo 55, segundo párrafo de la ley 24.240”.El beneficio de justicia gratuita fue incorporado en la ley 24.240 por la ley 26.631 de 2008.

#### **XV.- ACCIONES COLECTIVAS ANTE TRIBUNALES ARBITRALES**

La intervención de tribunales arbitrales en la República Argentina no ha tenido desarrollo respecto a la resolución de conflictos colectivos. Desde 1998 existen los tribunales arbitrales de consumo sin lograr adhesión en la práctica; en el año 2008 se introdujo una reforma en la Ley de Defensa del Consumidor resultando el artículo 59 de dicha ley con la siguiente redacción “Tribunales Arbitrales. La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho común, según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias propongan las asociaciones de consumidores o usuarios y las cámaras empresarias.Dichos tribunales arbitrales tendrán asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en todas las ciudades capitales de provincia. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral”.

MOSMANN, M. V. *Los Processos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO**... Umuarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

Estas normas que no lograron en la vida práctica ningún avance ya que carecemos de antecedentes en resolución arbitral de conflictos colectivos, aparecen en la actualidad impedidas de ser utilizadas. En efecto el nuevo Código Civil y Comercial vigente desde agosto de 2015 en su artículo 1651 dispone que quedan excluidas del contrato de arbitraje las materias vinculadas a los derechos de usuarios y consumidores, como también los contratos de adhesión cualquiera sea su objeto.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup>Martinelli, Augusto, Perspectivas sobre tutelas ....

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017.ISBN: 978-85-8498-370-4

## ANEXO

### 1) Categorías de derechos y vías procesales

Individual			
Colectivo	Amparo	Sumarísimo	Ordinario art. 319 PCC
Individual homogéneo	Amparo /acción de clase	Sumarísimo/ acción de clase	Ordinario/ Acción de clase

### 2) Vías procesales. Fuentes

Vía procesal	Fuente legal	fuentes jurisprudencial
Amparocolectivo	Art. 43 CN	
sumarísimo	Art. 52 (ley 24.240)	
Acción de clase		“Halabi” CSJN,
Ordinario		“PADEC” CSJN

### 3) Legitimación extraordinaria

Legitimación extraordinaria	CN	LDC	LGA	LOMPD
Afectado	43	52	30	
Defensor del Pueblo	43	52	30	
ONG	43	52	30	
Ministerio Publico Fiscal		52		
Defensor Oficial				-----

MOSMANN, M. V. *Los Procesos Colectivos em Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Autoridad de aplicación		52		
Estado Nac., Prov., Munic.			30	

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

## **ASPECTOS RELEVANTES E CRITÉRIOS NECESSÁRIOS NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES NAS DEMANDAS REPETITIVAS**

Gisele Mazzoni Welsch<sup>20</sup>

### **SUMÁRIO**

INTRODUÇÃO; 1.CRITÉRIOS DECISIONAIS PROMOTORES DE SEGURANÇA JURÍDICA E RACIONALIDADE; 2.A AMPLIAÇÃO DA ATIVIDADE DO “AMICUS CURIAE” E A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### **INTRODUÇÃO**

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) apresenta uma série de inovações e novos institutos para a sistemática processual civil brasileira com o objetivo de outorgar ao processo civil maior consonância com as disposições constitucionais, bem como de viabilizar uma prestação jurisdicional justa, efetiva e célere.

É possível afirmar que a nova legislação processual civil procura imprimir caráter democrático ao processo civil, por meio de institutos, técnicas e premissas tendentes a investir o Poder Judiciário de legitimidade democrática. Isso quer dizer que a ideia é viabilizar às partes, interessados e sociedade em geral maior controle e acesso ao conteúdo do processo, especialmente às razões de decidir dos julgamentos.

---

<sup>20</sup>Doutora e Mestre em Teoria da Jurisdição e Processo pela PUC-RS. Especialista em Direito Público pela PUC-RS. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e Professora de Direito Processual Civil do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista do IPA – Porto Alegre-RS e de cursos de pós-graduação “lato sensu” em Processo Civil. Autora de diversas publicações, dentre elas, o livro “Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC” pela editora Revista dos Tribunais e o livro “O Reexame Necessário e a Efetividade da Tutela Jurisdicional” pela editora Livraria do Advogado, bem como capítulos de livros e artigos jurídicos em periódicos de circulação nacional. Advogada.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Nesse sentido, defende-se a necessidade de observância ao critério da participação e intervenção necessária de órgãos e agentes especializados e pertencentes aos poderes constitucionalmente estabelecidos em causas de potencial repetitivo pela natureza e matéria debatida, como as que discutem a prestação de serviços autorizados e concedidos e relações de consumo pela capacidade de gerarem decisões com *status* de precedente judicial com eficácia vinculante, como forma de legitimar democraticamente a decisão, especialmente em decorrência do caráter normativo, pelo diálogo institucional viabilizado, bem como meio de qualificar tecnicamente a determinação judicial, considerando a especialização desses órgãos e agentes, como, por exemplo, as agências reguladoras.

## **1 CRITÉRIOS DECISIONAIS PROMOTORES DE SEGURANÇA JURÍDICA E RACIONALIDADE**

O escopo específico desse estudo é enumerar e analisar possíveis critérios legitimadores, no sentido político e democrático das decisões judiciais e possíveis precedentes com eficácia vinculante, especialmente a defesa de necessidade de qualificação técnica da decisão, a partir da atuação/intervenção de agentes técnicos e políticos no processo, como órgãos e entidades com legitimidade para tratar da questão de fundo debatida na lide.

Os principais agentes, dentro do contexto de implantação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil (Artigos 976 a 987)<sup>21</sup> que visa à redução das ações de massa e deslinde único para demandas idênticas (questões de direito) e, considerando o alto índice de ações que discutem prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, bem como as relações de consumo, seriam as agências reguladoras. Tais órgãos são capazes de intervir e contribuir com o processo na condição de *amicus curiae* em causas de potencial repetitivo e que serão submetidas ao julgamento por amostragem, mas de

---

<sup>21</sup> O instituto corresponde à possibilidade de suspensão de casos análogos que versem sobre idêntica questão de direito e que sejam capazes de gerar insegurança jurídica em razão da coexistência de decisões conflitantes. (risco à isonomia e segurança jurídica – Art. 976, II).

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

- I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
- II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

forma necessária e não apenas como uma mera faculdade do juiz quando julgar pertinente, visando à necessidade de formação de precedente adequado, justo e coerente em função do caráter vinculante, sem retirar, a toda evidência, a competência e liberdade de julgamento do Poder Judiciário, que contaria com acolaboração processual desses atores sociais para a formação da decisão/precedente judicial.

Sobre o novo instituto previsto no Novo Código de Processo Civil, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que possui o condão de reduzir o número de ações de massa e tornar o Judiciário mais célere, imprimindo maior segurança jurídica e isonomia de tratamento a casos análogos, não se pode ter a ilusão de que resolverá, isoladamente, o problema da morosidade processual, pois como bem ressalta Sérgio Gilberto Porto: “não é a forma de processamento das demandas judiciais a única causa que contribui decisivamente para a demora na solução de litígios judiciais”.<sup>22</sup> Mesmo se reconhecendo a positividade da reforma processual civil brasileira, existem particularidades concorrentes à morosidade que são exteriores ao processo e que permanecerão presentes, mesmo com a alteração legislativa futura.<sup>23</sup>

Destacando a necessidade de mudança cultural e operacional da comunidade jurídica para que as reformas legislativas possam colher resultados, Marco Félix Jobim pondera que, em que pese a adoção de medidas para aceleração e uniformização processual seja consenso entre os doutrinadores e operadores do direito, de nada adianta que uma solução seja proposta se não se abrir os horizontes para que novas concepções auxiliem como forma efetiva de melhoria.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup>PORTO, Sérgio Gilberto. **Apontamentos sobre duas relevantes inovações no projeto de um novo CPC**. Repertório de Jurisprudência IOB: Civil, Processual, Penal e Comercial, São Paulo: IOB Thomson, V. III, n. 21, p. 747, 1ª quinzena, nov.2011.

<sup>23</sup> VIAFORE, Daniele. **As ações repetitivas no direito brasileiro**: com comentários sobre a proposta de “Incidente de Demandas Repetitivas” do projeto de novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. pp. 121/122.

<sup>24</sup> JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempetividade processual. São Paulo: Conceito, 2011, p. 167-168.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Dessa forma, pode-se afirmar que a proposta de incidente de resolução de demandas repetitivas visa a racionalizar a atividade judiciária e compatibilizar verticalmente as decisões judiciais, prestigiando os valores da economia e igualdade no processo.<sup>25</sup>

Destarte, considerando-se os fatores extraprocessuais que também contribuem para a demora na solução dos litígios judiciais, tal iniciativa pode ser tida como uma contribuição para a melhoria do desempenho do setor judiciário.<sup>26</sup>

Também no sentido de promover a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, Marco Marrafon e Sandro Kozikoski trabalham com a ideia da participação discursiva dos diversos agentes e segmentos que venham a ser afetados pela interpretação da questão jurídica debatida. Segundo os autores:

Ora, ao se considerar a nova racionalidade processual, constitucionalmente adequada e atenta às demandas de caráter transindividual, os efeitos negativos sobre a questão democrática são exponencialmente maiores. Desse modo, a recusa à discricionariedade solipsista do magistrado implica na abertura dos diferentes agentes sociais que, ao participarem dos processos de maneira objetiva ou de efeitos difusos e apresentarem seus argumentos (pretensões de validade), contribuem para: (i) atenuar a discricionariedade judicial, já que as interpretações apresentadas podem refletir dimensões sociológicas ou políticas do fenômeno constitucional não percebidas pelo órgão julgante e (ii) aproximar o Poder Judiciário de legítimas aspirações sociais, conferindo maior legitimidade e força normativa à concretização da Constituição.<sup>27</sup>

O Novo Código de Processo Civil prevê a possibilidade do juiz ou relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, solicitar o admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, por decisão

---

<sup>25</sup> Frise-se que a isonomia de tratamento a casos análogos é fruto da eficácia vinculante da decisão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que, considerando a natureza do direito debatido e a respectiva repercussão social pelo potencial repetitivo, deverá ser aplicada a todos casos que versem sobre idêntica questão de Direito.

<sup>26</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. *Op.cit.* 2011.

<sup>27</sup> MARRAFON, Marco Aurélio; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Legitimidade da jurisdição constitucional e a possibilidade de atuação de Senador da República como *amicus curiae* no contexto da nova racionalidade processual. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. v. 24. p. 1115-1137, 2012.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, no prazo de quinze dias da sua intimação. Transcreve-se, *in verbis*, o art. 138 do Novo CPC, que trata da figura do *amicus curiae*:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Porém, tal previsão define uma mera faculdade do juiz em determinar a intervenção do “*amicus curiae*” e quando o julgador entender conveniente, o que ainda não assegura uma condição ou critério de legitimidade política e democrática para a formação da decisão judicial (que poderá vir a tornar-se um precedente judicial com eficácia vinculante), pois não possui caráter obrigatório, além de não prever objetivamente as matérias e naturezas de ações em que tal manifestação deva ocorrer, configurando mero arbítrio judicial, o que não consiste fator de segurança jurídica.

Tal possibilidade de maior participação democrática no âmbito do processo judicial é totalmente ventilada e viabilizada pela previsão do dever de diálogo judicial e do princípio da colaboração/cooperação no processo, insculpido no Novo Código de Processo Civil como diretivo e norteador do procedimento judicial no art. 6º, o qual prevê: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

A ideia e conceito de uma democracia participativa no processo judicial vêm ganhando espaço e importância, justamente no sentido de outorgar às decisões judiciais maior legitimidade política e democrática e, assim, preservar o máximo possível o núcleo do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, Habermas desenvolve a ideia do “Agir Comunicativo” estabelecendo que a imposição duradoura de uma norma depende também da possibilidade de mobilizar, num dado contexto da tradição, razões que sejam suficientes pelo menos para fazer parecer legítima a pretensão de validade no círculo das pessoas a que se endereça. Considerando as sociedades modernas, isso significa: sem legitimidade, não há lealdade das massas.<sup>28</sup>

Esse modelo de democracia tem como característica principal a intervenção de cidadãos, individual ou organizadamente, nos procedimentos de tomada de decisões político-administrativas.<sup>29</sup> R.C. van Caenegem estabelece, em sua obra “Juizes, Legisladores e Professores”<sup>30</sup>, oito critérios do bom direito, sendo que um deles é a participação de cidadãos comuns em tribunal aberto.

Além da participação da figura do *amicus curiae* no processo judicial, por meio de órgãos e entidades representativas de direitos e interesses da sociedade em geral, existem as audiências públicas para corroborar o espaço democrático em demandas que exigem determinada complexidade para o julgamento final, garantindo maior participação popular no processo.

A respeito da modalidade da audiência pública e sua contribuição para a participação popular no processo, Jânia Maria Lopes Saldanha e Angela Araújo da Silveira Espíndola referiram que a audiência pública realizada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, que tratava do caso da lei da biossegurança, foi um marco naquilo que denominaram de processo pós-burocrático, outorgando democratização ao processo ao permitir o diálogo com

---

<sup>28</sup> HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 83.

<sup>29</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. O Judiciário no mundo contemporâneo. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). **Constituição, Jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 315.

<sup>30</sup> CAENEGEM, R.C. van. **Juizes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985**. Tradução de: Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.p.110.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

a sociedade e coletivizar a responsabilidade final pelo que iria ser decidido, além de investir o julgador de responsabilidade com o diálogo processual, considerando a posição das partes do processo, mas também dos outros interessados para fundamentar sua decisão final, assumindo a responsabilidade coletiva pela decisão.<sup>31</sup>

Ainda sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário e da democracia participativa no âmbito do processo, é esclarecedora a posição de Darci Guimarães Ribeiro:

Portanto, para além da democracia participativa inserida nos âmbitos já citados, devemos concebê-la em seu aspecto verdadeiro: aquela visão de democracia em que o indivíduo está concretamente engajado na busca daquilo que ele entende ser o melhor para si e para a sociedade em que vive, ele é o verdadeiro protagonista dos rumos da sociedade e não mais os seus representantes. É ele, e somente ele, que sabe o que é melhor para si e, conseqüentemente, para os outros. Não há transferência de legitimidade a outros, pois só transfere legitimidade, num regime verdadeiramente democrático, quando não se é capaz de, por si só, concretizar a realização de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesta perspectiva, o Judiciário está em franca vantagem para a implementação da democracia participativa, porquanto é o mais legitimado das três funções do Estado para realizar as promessas da modernidade. Como se o povo ativo escolhe seus governantes: legislativo e executivo? Onde estaria a legitimidade democrática do Judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator decisivo que é o povo? Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado (RIBEIRO, 2008, p. 63-4) e não a lei (GROSSI, 2003, p. 21). Sem falar no grau de credibilidade social que usufrui o Judiciário quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, pois é o mais ético deles.<sup>32</sup>

O temor da ineficácia da supremacia judicial foi enfrentado por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, que buscaram apontar razões mais concretas em favor de uma postura mais contida por parte das Cortes. Os referidos autores entendem que a imposição feita aos juízes é

<sup>31</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADIN 3.510: do modelo individual – e liberal- ao modelo coletivo – e democrático- de processo. In: MARIN, Jeferson Dytz. **Jurisdição e Processo: efetividade e realização da pretensão material**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 70.

<sup>32</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia. Para uma nova definição da democracia participativa. **Revista da Ajuris**, n. 114, jun. 2009, p. 91-103.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

no sentido de adotarem um comportamento judicial orientado por princípios hermenêuticos muito abertos e vagos. Assim, uma intervenção judicial só se justificaria na medida em que fosse protetora das condições da democracia.<sup>33</sup>

Segundo os autores, as perguntas não devem ser abstratas, tampouco devem os teóricos colocarem-se no lugar de juízes. As perguntas, para serem úteis à prática do dia a dia dos tribunais, precisam levar em consideração as limitações das instituições e dos seus atores. Significa dizer que os teóricos da postura judicial devem considerar que os juízes, por mais bem dotados intelectualmente e intencionados que sejam, são seres humanos normais, com limitações intelectuais e, em especial, falta-lhes tempo e as informações minimamente necessárias para exercerem a tarefa de interpretação e aplicação da Lei no caso concreto.<sup>34</sup>

Portanto, uma boa teoria norteadora da interpretação do direito pelos juízes não deve cometer o equívoco de idealizar o magistrado ou seja lá quem for o intérprete.<sup>35</sup> É preciso atentar para as questões em jogo, para as capacidades institucionais dos atores, muitas vezes comparando-as, como, por exemplo, pode-se fazer com relação às vantagens da deliberação judicial sobre a legislativa e vice-versa.<sup>36</sup>

Nessa medida, no sentido de evitar que o Judiciário transforme-se em uma indesejável instância hegemônica, a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos.<sup>37</sup> Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria.

Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. O risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por

---

<sup>33</sup>SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*. v. 101, n.4, 2003, pp. 885-951.

<sup>34</sup>Ibidem.

<sup>35</sup>SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

<sup>36</sup>SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 317.

<sup>37</sup>SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Op.cit.* 2003.p. 2.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

Conclui Sustain que a modéstia judicial favorece a sociedade impedindo polarizações. Os princípios gerais (compromissos dilatatórios) de textura aberta e amplamente considerados permitem a reunião em comunidade de indivíduos de crenças e concepções de vida completamente distintas, o pluralismo próprio das sociedades modernas. Ao passo que a densificação desses amplos princípios, por meio dos processos de adjudicação tende a produzir essas divisões sociais que muitas vezes mostram-se perigosas à paz social.<sup>38</sup>

Nessa linha de entendimento, Luís Roberto Barroso pondera:

O mundo do direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas. A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não na imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes.<sup>39</sup>

Destarte, é inevitável o reconhecimento da ascensão institucional do Poder Judiciário, bem como da amplitude da jurisdição constitucional e da judicialização de questões sociais, morais e políticas, muitas vezes, por meio de práticas de ativismo judicial; porém, é necessário que se resguarde, nesse contexto, a legitimidade democrática das decisões judiciais. Para tanto, é necessário se estimular a atuação dos juízes e tribunais de forma

<sup>38</sup>Idem, pp. 885-951.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: [http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicao-democracia-e-supremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicao-democracia-e-supremaciajudicial.pdf). Acesso em 14.03.2015.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

interativa com outros atores políticos e institucionais, por meio de práticas, como ora se propõe a de necessária intervenção de órgãos e entidades, a exemplo das agências reguladoras, na formação de precedentes de provável eficácia vinculante, em função da matéria e natureza da causa de origem.

Nesse sentido, conclui Luís Roberto Barroso:

Em suma: o direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. Essa autonomia, todavia, será sempre relativa. Reconhecer este fato não envolve qualquer capitulação, mas antes dá transparência a uma relação complexa, na qual não pode haver hegemonia nem de um nem de outro. A razão pública e a vontade popular – o direito e a política, se possível com maiúscula – são os dois polos do eixo em torno do qual o constitucionalismo democrático executa seu movimento de rotação. Dependendo do ponto de observação de cada um, às vezes será noite, às vezes será dia.<sup>40</sup>

Ainda dentro do propósito central deste trabalho, no sentido de se estabelecerem critérios decisoriais para serem observados na prolação de decisões e formação de precedentes judiciais, no sentido de se possibilitar uma benéfica função normativa e criadora da Jurisdição e evitar arbitrariedades e decisionismos, é importante referir o papel de princípios ou postulados normativos aplicativos (metanormas)<sup>41</sup> como balizadores e direcionadores de determinações judiciais.

Tais critérios de justiça e racionalidade da decisão representam verdadeiros cânones interpretativos de caráter genérico e que devem ser contextualizados nos casos concretos e na incidência de regras particulares. Nesse sentido, pondera Michele Taruffo:

---

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> É nesse sentido a doutrina de Humberto Ávila: “Em primeiro lugar, há o critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao se, então, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. (...) Em segundo lugar, há o critério do modo final de aplicação, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos. Em terceiro lugar, o critério do relacionamento normativo, que se fundamenta na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. Em quarto lugar, há o critério do fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.” (ÁVILA, Humberto. *Op.cit.*, 2004. pp. 30/31.)

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Si se observan más detenidamente los parámetros indicados como constitutivos de la justicia de la decisión, fácilmente se ve que éstos tienen la característica común de no estar definidos analíticamente. En realidad, cada uno de ellos es bastante vago: se trata de *standards* generales más bien que de requisitos específicos, de principios más que de reglas particulares, o – si se desea – de valores más que de conceptos rigurosos.<sup>42</sup>

Entre esses princípios, pode-se referir o princípio da proporcionalidade e o da sustentabilidade<sup>43</sup>. O princípio da proporcionalidade cumpre relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. Sobre essa função discorre Paulo Bonavides:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.<sup>44</sup>

O princípio da sustentabilidade também poderia ser operado com a função de metacritério jurídico de hierarquização<sup>45</sup> e princípio de prioridade com o escopo de alcançar a

<sup>42</sup> TARUFFO, Michele. **Proceso Y Decisión**: Lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Marcial Pons: Barcelona, 2012. p. 234.

<sup>43</sup> O princípio constitucional da sustentabilidade pode ser inferido da leitura e interpretação dos artigos 170, VI e 225 da Constituição Federal de 1988, bem como de seu Preâmbulo que apresenta os valores supremos perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, entre os quais, o desenvolvimento. Assim, uma interpretação sistemática de tais dispositivos aponta a existência e conteúdo do princípio da sustentabilidade, uma vez que tratam da necessidade da observância de princípios como a defesa do meio ambiente e análise de impacto ambiental da elaboração e prestação de produtos e serviços (art. 170, VI CF/88), bem como do direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225 CF/88).

<sup>44</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 386.

<sup>45</sup> Ainda no desiderato de resolução de antinomias, Ricardo Guastini também cita a importância do método da hierarquização: “(...) pode-se resolver uma antinomia eliminando uma das duas normas em conflito: segundo os casos, a cronologicamente sucessiva (lex posterior derogat legi priori), ou a hierarquicamente inferior (lex superior derogat legi priori). Num caso, se “elimina” uma norma do ordenamento considerando-a abrogada; no

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

máxima justiça possível no caso concreto, a exemplo do princípio da proporcionalidade, no caso de conflito entre direitos fundamentais.<sup>46</sup>

A aferição da ocorrência do princípio da sustentabilidade no corpo da Constituição Federal é feita por Juarez Freitas na obra “Sustentabilidade: Direito ao Futuro”<sup>47</sup>, onde o jurista apresenta a sustentabilidade como princípio norteador da ordem jurídica e abrangente, pois contempla todos os demais, inclusive o princípio da dignidade da pessoa humana, por seu caráter sintetizador de direitos e garantias<sup>48</sup> e pela extensão de tais proteções ao bem-estar duradouro de todos os seres vivos, sem a limitação antropocêntrica.

Tal princípio é analisado sob 5 (cinco) dimensões: 1) Ambiental; 2) Econômica; 3) Social; 4) Jurídico-Política; 5) Ética (Intersubjetividade). Cada dimensão do princípio da sustentabilidade evidenciaria sua amplitude e imperatividade na busca do bem-estar duradouro de todos, assim como demonstraria a necessidade de mudança da concepção do Direito e da forma de praticá-lo e interpretá-lo por meio de critérios intertemporais.

Nessa consideração, o princípio da sustentabilidade consiste em uma metanorma ou postulado normativo aplicativo, estabelecendo a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras, prevendo modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.<sup>49</sup>

Dessa forma, é possível conceber o princípio constitucional da sustentabilidade como critério de aplicação de regra ou princípio<sup>50</sup>, bem como balizador da melhor interpretação da

outro caso, se a “elimina” considerando-a inválida. Em ambos os casos, uma das normas em conflito é tornada “ineficaz”, ou seja, subtraída (parcialmente ou totalmente) à aplicação. Desse modo, a antinomia é resolvida não mais no terreno da pura e simples interpretação, mas antes no terreno de produção jurídica, ainda que aqui, obviamente, trate-se de uma produção puramente “negativa”. Nenhuma norma é acrescida ao ordenamento, mas uma norma é expulsa – parcial ou totalmente – dele”(GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: QuartierLatin, 2005. pp. 234/235.)

<sup>46</sup> Nesse sentido também Maccormick: “(...) Quando tais princípios estiverem em conflito ou apontarem em direção a decisões diferentes, será preciso enfrentar e resolver o problema típico concernente à procura de razões que justifiquem a prioridade de um princípio sobre o outro, no contexto do caso em análise.” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 173).

<sup>47</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>48</sup> A respeito da distinção entre direitos e garantias, especialmente SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*2006.

<sup>49</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>50</sup> Conceituando o sistema jurídico e fazendo referência à função dos princípios, cita-se CANARIS: “uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da ordem interna à característica dos princípios gerais”.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

lei no caso concreto, visando ao resguardo e à efetivação dos princípios e valores constitucionais e da preservação da ordem jurídica. Tal concepção é viável e positiva, principalmente em um contexto em que se propugna e desenvolve a criação judicial do Direito<sup>51</sup>, com outorga de poderes interpretativos aos juízes<sup>52</sup>, a partir de conceitos jurídicos indeterminados<sup>53</sup> e cláusulas gerais; técnicas que podem fazer com que a desejável discricionariedade judicial transforme-se em perniciosa arbitrariedade, se não existirem critérios legítimos a serem observados e elencados como motivação nos provimentos judiciais, pois é preciso “salvar a criatividade do juiz e, ao mesmo tempo, garantir um mínimo de certeza do direito”.<sup>54,55</sup>

O intérprete da norma deve, portanto, buscar a melhor conformação da norma com o caso concreto, considerando as circunstâncias e consequências da sua interpretação e aplicação, não só no contexto vigente e atual, mas também considerando as decorrências de tal prática para o futuro, primando sempre pela defesa do desenvolvimento sustentável como valor maior.<sup>56</sup>

---

(CANARIS, V. Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de Menezes Cordeiro, 1989.pp.77-78).

<sup>51</sup> Sobre a questão: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

<sup>52</sup> Nesse desiderato e seguindo o pensamento já apontado por Mauro Cappelletti, aduz Nicola Picardi: “A verdade é que hoje o juiz é chamado a desenvolver funções que, ontem, pareciam reservadas a outras instituições. Registra-se, de fato, um considerável aumento dos poderes do juiz, tanto no confronto da legislação quando da administração” (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p.5.)

<sup>53</sup> Acerca da função e sistemática dos conceitos jurídicos indeterminados refere Luiz Guilherme Marinoni: “Assim sendo, chegou-se naturalmente à necessidade de normas destinadas a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, a partir de conceito jurídico indeterminado, quando a técnica processual, já definida na lei, pode ser utilizada, bem como o poder de individualizar, a partir das circunstâncias do caso, o instrumento processual adequado à tutela do direito material”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.)

<sup>54</sup> LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.p. 169.

<sup>55</sup> A certeza e previsibilidade do Direito também estão ligadas à ideia da unidade do direito, a qual mostra-se cada vez mais presente por meio de mecanismos e institutos tendentes a promover a uniformização de aplicação do Direito, pelo menos em casos idênticos ou análogos. A esse respeito: “Compreende-se, assim, sem grande dificuldade, que o equilíbrio entre a eficácia vinculante do precedente judicial e a persuasão racional do juiz representa, sem dúvida, fator essencial para uma eficiente distribuição da justiça”. (CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p. 304.

<sup>56</sup> Relativamente à necessidade de realização de uma interpretação sistemática do Direito, é indispensável citar o conceito de sistema jurídico esposado por Juarez Freitas em sua obra “A Interpretação Sistemática do Direito”:

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Nesse sentido, Emilio Betti, ao tratar da natureza do juízo de valor que o intérprete precisa ter ao interpretar e aplicar a lei:

Ele deve, antes de tudo, referir-se às concepções dominantes na consciência social da época em que a norma foi instituída e, assim, descobrir a avaliação legislativa imanente e latente nela; além disso, deve levar em conta as modificações de orientações normativas acrescidas no ambiente em que a norma teve vigor: somente assim terá condições de entendê-la e aplicá-la segundo o seu espírito. O nexos imanente entre esclarecimento e desenvolvimento integrativo configura este último, pelo menos em linha de princípio, como um processo de auto-integração: auto-integração essa que a ordem jurídica exige, e à qual devem prover, em razão do seu ofício, os órgãos da jurisdição. Para a missão de tais órgãos, opera-se, junto à aplicação do direito e por meio da interpretação, a indispensável auto-integração da ordem jurídica.<sup>57</sup>

Assim, o intérprete precisa buscar, por meio da atividade hermenêutica, a integração da ordem jurídica, tendo como diretriz o princípio da sustentabilidade e utilizando-o também como fundamentação e motivação axiológica de suas decisões<sup>58</sup>. A fundamentação das decisões a partir de princípios gerais eleitos evita a desvinculação arbitrária do intérprete e a fundamentação com base no princípio síntese da sustentabilidade promove o comprometimento com o futuro.

A análise das consequências deve consistir em elemento justificador das decisões. Ou seja, é preciso que se analise a repercussão de decisões e aplicação de leis no futuro e não só no presente, pois o crescimento e desenvolvimento que se busca são o sustentável, com aptidão para produzir resultados constitucionalmente desejáveis. Nessa consideração, MacCormick desenvolve a ideia das consequências como implicações ou das “consequências jurídicas”:

---

(...) entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição (FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 54.)

<sup>57</sup> BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 52/53.

<sup>58</sup> O dever de motivação das decisões judiciais já está presente no art. 93, IX da CF/88 como forma de dar publicidade aos atos judiciais, bem como possibilitando um controle democrático por parte de interessados e sociedade em geral (interesse público à informação).

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Se quisermos descobrir como as consequências podem ser relevantes para justificar decisões, temos que olhar para além das consequenciais causais e dos resultados particulares. De fato, a própria atividade de justificar decisões a partir do fornecimento de razões para elas irá provar ser uma fonte dos tipos de consequências que importam. Por conta da natureza institucional e do contexto em que opera a prática dos julgamentos, e por conta dessa prática ser adequadamente governada, ao menos, pelo princípio da justiça formal que ordena tratar casos iguais de maneira igual, as decisões justificadas pressupõem razões universalizáveis ou sentenças baseadas no Direito que “cubram” a decisão particular em questão. E apenas as sentenças adequadamente justificadas poderão a seu turno justificar essas decisões.<sup>59</sup>

Dessa forma, o princípio constitucional da sustentabilidade viabiliza e legitima uma interpretação sistemática e integrativa, mas, acima de tudo, construtiva, visando ao bem-estar duradouro. Ronald Dworkin ilustra bem tal função do Direito, na medida em que estabelece o seguinte conceito:

A atividade do Direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atividade fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.<sup>60</sup>

Portanto, o princípio constitucional da sustentabilidade exerce importante e complexa função no sistema jurídico (ou pelo menos possui aptidão para exercê-la), uma vez que deve atuar como critério direcionador e vinculante das decisões judiciais, além de consistir em metanorma de aplicação de outras regras e princípios visando à efetivação dos preceitos do Estado Democrático de Direito na perspectiva do desenvolvimento sustentável e bem-estar duradouro.

---

<sup>59</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2008. p. 139.

<sup>60</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**: O que é o direito. SP: Martins Fontes, 1999. p. 492.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

## 2 A AMPLIAÇÃO DA ATIVIDADE DO “AMICUS CURIAE” E A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

Contudo, a proposição central deste estudo aponta para a necessária admissão ampliada da atuação do *amicus curiae* no processo e na realização de políticas públicas abrindo a hermenêutica constitucional à sociedade e considerando que a Constituição Federal de 1988 sintetiza normativamente uma série de demandas sociais não efetivadas pelo poder político, as quais se tornam dever do Poder Judiciário, no sentido de atuação substancial. A utilização de instrumentos aptos a aproximar as Cortes das necessidades da sociedade contribui para o progressivo fomento e aperfeiçoamento da própria democracia, enquanto sistema político construtor de cidadania.<sup>61</sup>

Como referido alhures, entende-se que a atuação e intervenção necessária das agências reguladoras<sup>62</sup> na condição de *amicus curiae* e como agente político legitimador democrático da produção de precedentes judiciais de eficácia vinculante em causas de potencial repetitivo e, *ipso facto*, de repercussão social e econômica, como as que envolvem relação de consumo e prestação de serviços públicos, concedidos ou autorizados, é medida que se impõe e que serviria aos ideais do Estado Democrático de Direito. Assim, cabe dispor, ainda que brevemente e como forma de respaldar a alegação central deste estudo, sobre o conceito, natureza jurídica e funcionamento no ordenamento jurídico pátrio das agências reguladoras, agente social identificado como importante personagem na formação de decisões judiciais

---

<sup>61</sup> MARRAFON, Marco Aurélio; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Legitimidade da jurisdição constitucional e a possibilidade de atuação de Senador da República como *amicus curiae* no contexto da nova racionalidade processual. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. v. 24. p. 1115-1137, 2012.

<sup>62</sup> É oportuno referir que não se pretende adotar postura “ingênua” com relação à atuação das agências reguladoras que, considerando sua estrutura e disposição legal, podem atuar de forma política favorecendo interesses de classes, o que, em certa medida, retiraria sua capacidade de representação democrática (tutela dos interesses sociais) como órgão atrelado ao Poder Executivo. É preciso considerar que situação dessa espécie pode ocorrer em alguns casos de atuação e intervenção das agências reguladoras, porém, a sua função e capacidade de realizar o diálogo institucional dentro do processo e, portanto, na formação de precedente judicial é entendida como relevante, além de se considerar que sua necessária intervenção e participação no processo outorgaria maior compromisso com a posterior fiscalização do cumprimento e efetividade da decisão (precedente judicial) prolatada no processo em que atuou na condição de “amicus curiae”, trazendo efetiva contribuição ao Poder Judiciário (no sentido de evitar demandas judiciais com o objetivo de reclamar falhas na prestação de serviços autorizados e concedidos) e à sociedade em geral, pela preservação da ordem e justiça nas relações sociais e econômicas.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

com eficácia vinculante e que atuaria, com grande incidência, na condição de “amicus curiae” no processo.

A criação das agências reguladoras como autarquias autônomas destinadas à regulação, integrando a estrutura administrativa do Estado, encontra seu fundamento no direito de países estrangeiros, onde a regulação é desenvolvida desta maneira há bastante tempo, sendo trazida para o direito nacional há aproximadamente vinte anos.

Foi na Inglaterra, a partir de 1834, que se utilizou a palavra agência para caracterizar um ente regulador de determinada atividade econômica. Esses entes eram criados para concretização dos mandamentos legais e resolução das controvérsias deles resultantes.

Mas foi nos Estados Unidos que se consolidou o sistema de regulação econômica desenvolvido por órgãos autônomos. Influenciados pela colonização Inglesa, os americanos adotaram o sistema de regulação em 1887, mas com a Depressão Econômica de 1930, várias agências foram criadas para intervir e reestruturar a economia americana, que sempre foi baseada no pensamento Liberal.<sup>63</sup>

A ideia de regulação nasceu da necessidade de intensificação da presença corretiva do Estado no jogo capitalista, sendo que no Brasil o marco da criação da regulação é a privatização. As agências reguladoras federais foram criadas a partir de 1996, inspiradas pela experiência americana como entes públicos dotados de independência em relação ao Poder Executivo.

Nos EUA, a criação de agências reguladoras foi impulsionada pelos reformadores do *New Deal* entre os anos 1930 e 1960. Representou simultaneamente o fortalecimento do Estado e o questionamento do *common law* anteriormente prevalecente. Os reformadores do *New Deal* propuseram agências autônomas, reunindo os três poderes até então separados pela Constituição; consideravam o *common law* como proteção dos direitos dos proprietários contra os riscos de intervenção indesejada do estado. Comprometidos com a redistribuição da riqueza e com a criação de novos direitos sociais, os *new dealers* defendiam a criação de agências autônomas, visando aumentar o poder regulador do executivo federal.

---

<sup>63</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. In: MORAES, Alexandre de. (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.p. 134

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Assim, uma diferença fundamental a assinalar nas experiências dos EUA e Brasil refere-se à natureza das relações entre regulação e poder do Estado. A autonomia das agências, para os *new dealers*, reforçava o poder do estado; enquanto no Brasil, nos anos 1990, a concessão de independência às novas agências reguladoras buscou reduzir as incertezas, para o investidor advindas do legado intervencionista do estado.

As agências reguladoras brasileiras são entidades integrantes da Administração Pública Indireta, sob a forma de autarquias, possuindo personalidade jurídica de direito público. Pode-se observar que a forma autárquica é atribuída no diploma normativo criador de todas as agências existentes no direito pátrio.<sup>64</sup> Dessa forma, agência reguladora é uma pessoa jurídica de direito público interno, geralmente constituída sob a forma de autarquia especial ou outro ente da administração indireta, cuja finalidade é regular e/ou fiscalizar a atividade de determinado setor da economia de um país, a exemplo dos setores de energia elétrica, telecomunicações, produção e comercialização de petróleo, recursos hídricos, mercado audiovisual, planos e seguros de saúde suplementar, mercado de fármacos e vigilância sanitária, aviação civil, transportes terrestres ou aquaviários, etc.

As agências cumprem tarefa de grande relevância, pois sua função é essencialmente técnica e sua estrutura é constituída de tal forma a se evitar ingerências políticas na sua direção. Suas atribuições principais são: a) levantamento de dados, análise e realização de estudos sobre o mercado objeto da regulação; b) elaboração de normas disciplinadoras do setor regulado e execução da política setorial determinada pelo Poder Executivo, de acordo com os condicionamentos legislativos (frutos da construção normativa no seio do Poder Legislativo); c) fiscalização do cumprimento, pelos agentes do mercado, das normas reguladoras; d) defesa dos direitos do consumidor; e) incentivo à concorrência, minimizando os efeitos dos monopólios naturais, objetivando à eliminação de barreiras de entrada e o desenvolvimento de mecanismos de suporte à concorrência; f) gestão de contratos de concessão e termos de autorização e permissão de serviços públicos delegados, principalmente fiscalizando o cumprimento dos deveres inerentes à outorga, à aplicação da

---

<sup>64</sup>MAZZA, Alexandre. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005, Coleção: Temas de Direito Administrativo. V. 13. p. 83.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

política tarifária; g) arbitragem entre os agentes do mercado, sempre que prevista na lei de instituição.

Assim, verifica-se que as agências reguladoras, como autarquia que são, foram entidades criadas para desempenhar de forma descentralizada funções típicas de Estado, como exemplo, regulação, fiscalização e intervenção na economia e em serviços públicos. Na esfera federal brasileira, são exemplos de agências reguladoras a ANATEL, ANEEL, ANCINE, ANAC, ANTAQ, ANTT, ANP, ANVISA, ANS e ANA.

Nos setores de infraestrutura, a regulação visa a promover a universalização do acesso aos serviços e a competição em áreas de monopólios naturais, corrigindo falhas de mercado. Já na área social, a regulação abrange os direitos dos usuários e a qualidade dos serviços. A natureza das atividades parece indicar muito mais uma atuação fiscalizadora do Estado do que propriamente a regulação de mercados ou a promoção da concorrência.

As agências reguladoras não são autarquias comuns, mas são entidades dotadas de um regime especial, imposto por lei, que lhes dá privilégios específicos capazes de garantir mais autonomia do que as de uma autarquia comum. Como traço marcante desse regime especial, observa-se a independência das agências em relação ao poder público que lhes dá autonomia política, administrativa, econômica e financeira, garantindo que, ao desempenhar suas funções, estes órgãos não serão submetidos à Administração Direta.

No Brasil, as Agências Reguladoras foram constituídas como autarquias de regime especial integrantes da administração indireta, vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade, apesar de caracterizadas pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade, ausência de possibilidade de demissão *ad nutum* de seus dirigentes e autonomia financeira.<sup>65</sup>

A independência desses entes também se dá em relação às entidades econômicas reguladas, pois, pela área de atuação e complexidade da atividade regulatória, as agências podem tomar atitudes que contrariem o interesse das empresas reguladas em face do interesse público e do cumprimento dos seus objetivos de acordo com os mandamentos legais.

---

<sup>65</sup> MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Contudo, a independência das agências não é absoluta, uma vez que suas decisões devem estar fundamentadas no ordenamento jurídico nacional e podem ser alvo de fiscalização pelo Poder Judiciário. No exercício de suas atividades, esses entes devem buscar alcançar sua finalidade legal, podendo sua atuação ser objeto de controle por diversos órgãos.

Ainda outra característica que se faz notória é o poder normativo atribuído às agências reguladoras, que se revela pela edição de normas, construídas por critérios técnicos, com o objetivo de regular o setor de atuação.<sup>66</sup>

A regulamentação é cometida a chefes de Estado ou Governo. É uma função política que visa a impor regras de caráter secundário em complementação às normas legais, com o objetivo de explicitá-las e dar-lhes execução. A regulação é uma função administrativa, que não decorre da prerrogativa do poder político, e, sim, da abertura da lei para que o agente regulador pondere, de forma neutra, os interesses concorrentes em conflitos setoriais, sejam eles potenciais sejam efetivos.<sup>67</sup>

A capacidade técnica dessas entidades lhes confere poder de atuação específico e direcionado na seara econômica, tendo os seus atos maior capacidade de intervenção do que os emanados pelo Poder legislativo, os quais detém caráter genérico.<sup>68</sup>

Entretanto, verifica-se que, ao editar atos normativos, as agências devem observar os limites aos preceitos constitucionais, ao sistema de tripartição dos poderes e aos princípios da Administração Pública. Além disso, as normas criadas devem ser da competência de cada entidade reguladora, de caráter infralegal, guiadas pela especificidade de cada ente.

Pelas normas regulatórias, permite-se o exercício da capacidade técnica para dispor com maior densidade sobre as matérias necessárias para equilibrar o subsistema regulado, diversamente das leis que, editadas pelo Poder Legislativo, assumem caráter genérico, distante do cidadão e sem concretude; e dos regulamentos elaborados pelo chefe do Poder Executivo em gabinetes herméticos à participação e controle da sociedade.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 419, nota 5.

<sup>67</sup> GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? **Revista Direito GV**, v.7, n.1 São Paulo Jan./Jun. 2011.

<sup>68</sup> CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e o seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 129.

<sup>69</sup> GUERRA, Sérgio. *Op.cit.* 2011.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

O poder de dirimir questões é privilégio dado às agências por suas leis instituidoras, que garante a solução administrativa dos conflitos no âmbito de cada ente. Mas a atividade julgadora exercida pelas entidades reguladoras tem caráter administrativo e não afasta do Judiciário a apreciação do litígio.<sup>70</sup>

As decisões tomadas pelas agências têm força de coisa julgada administrativa, não tendo viabilidade os recursos interpostos perante outras autoridades administrativas, ou ao Ministério ao qual o ente é vinculado. Contudo, estas decisões não podem ser afastadas de apreciação pelo Judiciário, pois no ordenamento jurídico brasileiro prevalece o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88. Desta maneira, as decisões administrativas tomadas pelas agências reguladoras são passíveis de apreciação judicial, cabendo à parte inconformada provocar o Judiciário para analisar seu conflito.<sup>71</sup>

Porém, é preciso considerar que o Poder Judiciário não possui habilitação técnica para decidir sobre as matérias concernentes às Agências Reguladoras, somente por meio de realização de perícia técnica. Nesse sentido, leciona Alexandre Santos de Aragão:

Em relação ao Poder Judiciário, a independência dos órgãos e entidades dos ordenamentos setoriais não pode, pelo menos em sistemas que, como o nosso (art. 5º, XXXV, C.F.), adotam a unidade de jurisdição, ser afirmada plenamente. Em tese, sempre será possível o acionamento do Judiciário contra as suas decisões. Todavia, em razão da ampla discricionariedade conferida pela lei e ao caráter técnico-especializado do seu exercício, prevalece, na dúvida, a decisão do órgão ou entidade reguladora, até porque, pela natureza da matéria, ela acabaria deixando de ser decidida pela agência, para, na prática, passar a ser decidida pelo perito técnico do Judiciário. O Poder Judiciário acaba, portanto, em razão de uma salutar autolimitação, tendo pouca ingerência material nas decisões das agências, limitando-se, na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> CUÉLLAR, Leila. *Op.cit.* 2001, p. 126.

<sup>71</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As agências Reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais.** Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-ALEXANDRE-SANTOS-ARAGAO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-ALEXANDRE-SANTOS-ARAGAO.pdf)>. Acesso em: 27/02/15.

<sup>72</sup> *Ibidem.*

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Destarte, conclui-se que as agências reguladoras brasileiras são entidades integrantes da Administração Pública Indireta que possuem natureza jurídica de autarquia em regime especial. E, considerando as Agências Reguladoras como órgãos componentes da Administração Pública Indireta e, portanto, do Poder Executivo, pode-se afirmar que a intervenção e colaboração dessas figuras na formação de decisões judiciais atenderia ao critério da legitimação democrática, ainda mais considerando o controle que podem sofrer pelo Poder Legislativo<sup>73</sup>, promovendo uma verdadeira interação e integração dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no ato de formação de precedentes judiciais, permitindo a qualificação técnica e justa dessas decisões e, principalmente, atendendo aos reclamos do Estado Democrático de Direito no que toca ao sistema de tripartição dos poderes previsto constitucionalmente.

O presente estudo propõe a participação das agências reguladoras na condição de *amicus curiae* em específico em função de sua competência e função legais, considerando a multiplicidade de ações discutindo a prestação de serviços públicos autorizados ou concedidos e as relações de consumo, as quais podem levar à formação de precedente com eficácia vinculante, especialmente por meio do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas instaurado pelo Novo Código de Processo Civil. Porém, também se identifica a importância da intervenção de outros atores sociais na formação da *ratio decidendi* do precedente judicial com eficácia vinculante, considerando as qualidades técnicas e atribuições legais para contribuir com a justiça e racionalidade, além de outorgarem maior legitimidade democrática na formação do precedente.

Tais agentes sociais seriam entidades de classe, autarquias federais e entes estatais, tais como a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), CVM (Comissão de Valores Mobiliários), INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) e CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), as quais possuem atribuição e competência por determinação de suas leis orgânicas e disciplinadoras para atuarem em processos que tenham relação e repercussão em assuntos e matérias de seus interesses e pertinências temáticas, como é o caso do art. 31 da

---

<sup>73</sup> O art. 49, X, da Constituição Federal prevê que é competência exclusiva do Poder Legislativo fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, incluindo os atos praticados pelas entidades integrantes da administração indireta. Desta maneira, as agências reguladoras podem ter os seus atos controlados pelo Poder Legislativo, que pode exigir delas justificativa para as suas decisões, até mesmo as decisões de caráter técnico podem ser alvo de questionamento pelo Legislativo.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Lei 6.385/76 que trata da Comissão de Valores Mobiliários.<sup>74</sup> Contudo, a previsão de tais leis no sentido da participação dos órgãos é de cunho facultativo, o que nem sempre contribui para a qualificação técnica e democrática da decisão, sendo necessária a determinação necessária da intimação e intervenção do *amicus curiae* nesses casos, ao menos com finalidade de colaboração técnica para a formação da prova e de fator de legitimação democrática da decisão judicial e, ainda, como forma de vincular e comprometer tais entidades com a fiscalização e supervisão da efetividade da decisão, no sentido de resguardar interesses sociais e econômicos, o que também compõe suas competências e atribuições.

Cassio Scarpinella Bueno pondera que a CVM, o CADE, o INPI e a OAB, quando atuam na condição de *amicus curiae*, atuam como *custos legis*, na medida em que verificam como e em que medida o específico direito material que caracteriza sua razão de ser, o seu ser institucional, deve ser aplicado em cada caso concreto em que sua manifestação é viabilizada. Ainda, para o referido autor, nos demais casos, não há função de *custos legis*, mas sim de atuação relacionada à produção da prova, contribuindo para a melhor formação da decisão judicial.<sup>75</sup>

O referido artigo 31 da Lei 6.385/76 que trata da Comissão de Valores Mobiliários pode ser aplicado analogicamente aos casos de intervenção das outras entidades aptas a funcionarem como *amicus curiae*.<sup>76</sup>

O art. 118 da Lei nº 12.529/2011<sup>77</sup> também prevê a intervenção do CADE nos processos em que se discutam questões relativas ao direito da concorrência na qualidade de *amicus curiae*, uma vez que tal ente estatal atua na fiscalização da forma com que os bens jurídicos que competem a ele tutelar estão sendo disciplinados.

É importante referir que a participação e intervenção do *amicus curiae* não retira a autonomia e poder de convencimento do magistrado, que não fica condicionado à posição do

---

<sup>74</sup> O art. 31 da citada Lei dispõe: "Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação".

<sup>75</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 396 e pp. 404-405.

<sup>76</sup> Idem. pp. 298-299.

<sup>77</sup> Art. 118 da Lei nº 12.529/2011: "nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente".

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

amigo da corte, mas também não pode ignorar o conteúdo dessa manifestação, que deve trazer elementos de contribuição para o processo.

Como já referido anteriormente, a possibilidade de manifestação do *amicus curiae* em determinadas causas, considerando a natureza do objeto discutido na lide<sup>78</sup> e eventual repercussão social, está prevista no art. 138 do Novo Código de Processo Civil. Contudo, o formato da novel previsão legislativa, da maneira que está estabelecido, não possui condições de colher os melhores resultados pretendidos quanto à qualificação da decisão/precedente judicial a ser prolatada, em termos técnicos e justos, considerando a sua mera faculdade e eventualidade, conforme deliberação judicial.

Assim, como forma de estabelecer a proposição central desta pesquisa, quanto ao critério decisional apto a funcionar como verdadeiro controle democrático dos fundamentos da decisão judicial e condição de segurança jurídica e racionalidade, qual seja, a necessária qualificação técnica da decisão, a partir da atuação/intervenção de agentes técnicos e políticos no processo, como órgãos e entidades com legitimidade para tratar da questão de fundo debatida na lide, tratar-se-á brevemente do conceito, função e atuação da figura processual do *amicus curiae*.

Os principais agentes, dentro do contexto de implantação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil (Artigos 976 a 987) que visa à redução das ações de massa e deslinde único para demandas idênticas (questões de direito) e, considerando o alto índice de ações que discutem as relações de consumo e prestação de serviços públicos concedidos ou autorizados, seriam as agências reguladoras, órgãos aptos a intervir e contribuir com o processo na condição de “amicus curiae” em causas de potencial repetitivo e que serão submetidas ao julgamento por amostragem, mas de forma necessária e não apenas como uma mera faculdade do juiz quando julgar pertinente, visando à necessidade de formação de precedente adequado, justo e coerente em função do caráter vinculante.

---

<sup>78</sup> Com relação ao problema do objeto do processo, Darci Guimarães Ribeiro aponta que: “O problema analisado desde o ponto de vista do núcleo ou essência do objeto do processo se vincula basicamente à identificação do conteúdo do processo civil, vale dizer, quando falamos do conteúdo do processo civil devemos responder o que é que se debate em juízo, qual é a matéria litigiosa, já que não há processo puramente abstrato que exista por si e para si”. (RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; FÉLIX, Marco Jobim (orgs). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.p. 20.)

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Além disso, a intervenção e manifestação necessária das agências reguladoras nas causas de potencial repetitivo e, contexto do Novo CPC, também teria a importante função de deixar esses órgãos esclarecidos e atentos à questão discutida e debatida naqueles processos, considerando sua atuação, bem como capacidade de fiscalização posterior quanto à efetiva aplicação por parte dos entes sujeitos à regulação, da tese adotada no incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme disposição do art. 985, § 2º do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).<sup>79</sup>

Quanto ao novel instituto previsto no Novo Código de Processo Civil, José Maria Tesheiner pondera que ele poderá provocar a esperada redução de litígios caso seja julgado desfavorável aos consumidores. Nas palavras do autor:

Na verdade, o incidente poderá produzir o efeito contrário de multiplicar o número de ações. Basta que se pense na hipótese, altamente provável, de decisão favorável aos consumidores, mas não obedecida pelo réu senão quando coagido, caso a caso, pelo Poder Judiciário. Pode-se, esperar, sim, a redução do número de demandas, se a decisão do incidente for desfavorável aos consumidores, caso em que aqueles que ainda não propuseram ação serão fortemente desestimulados a propô-las e, se o fizerem, defrontar-se-ão com decisão liminar de improcedência, nos termos do artigo 307 do Substitutivo do Projeto de Código de Processo Civil em tramitação na Câmara dos Deputados.<sup>80</sup>

A implantação do dispositivo mostra-se positiva e necessária em função da existência de ações de massa<sup>81</sup> no Judiciário e pela falta de um sistema consolidado de tutela coletiva de Direitos<sup>82</sup>, hoje ainda calcado nos microssistemas do Código de Defesa do Consumidor e leis

<sup>79</sup>Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: (...) § 2o Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

<sup>80</sup> TESHEINER, José Maria. **Sobre o proposto incidente de resolução de demandas repetitivas**. Artigos Jurídicos e Direito em Debate. Disponível em: <http://www.ajdd.com.br/artigos/art61.pdf>. Acesso em 30 maio 2014.

<sup>81</sup> Segundo Mauro Cappelletti: “(...) Essa grandiosa revolução assumiu uma característica que se pode sintetizar numa palavra certamente pouco elegante, mas assaz expressiva: “massificação”. Todas as sociedades avançadas do nosso mundo contemporâneo são, de fato, caracterizadas por uma organização econômica cuja produção, distribuição e consumo apresentam proporções de massa”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Op.cit.*1993. pp. 56/57)

<sup>82</sup>Teori Albino Zavaski promove importante separação entre a tutela coletiva de direitos e a tutela de direitos coletivos: “Ressalvadas as aplicações subsidiárias admitidas por lei ou impostas pelo princípio da analogia,

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

esparsas, sem a devida codificação e unidade merecidas. Ainda é preciso considerar o problema da coisa julgada nas ações coletivas, limitada à competência territorial do órgão prolator e dependente da suficiência de provas para produzir efeito *erga omnes*.<sup>83</sup>

De toda a sorte, é preciso considerar que, apesar das críticas e problemas apresentados pela atual sistemática das ações coletivas no Brasil, ela tem se mostrado “como um meio muito eficaz para a realização do Direito objetivo, bem como para assegurar direitos individuais”.<sup>84</sup>

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero apresentam as seguintes críticas ao instituto previsto pelo Novo Código de Processo Civil:

É bem intencionada a sua previsão, na medida em que visa a promover a segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário na análise da questão apreciada. É improvável, contudo, que consiga atenuar a carga de trabalho da jurisdição. A simplificação do procedimento para julgamento de demandas repetitivas não implica desaparecimento das causas das estatísticas do Judiciário, nem tem o condão de evitar, em regra, o ajuizamento de demandas para a obtenção da tutela do direito pelos interessados.<sup>85</sup>

Entretanto, é necessário que tal mecanismo seja devidamente aplicado pelo ordenamento para que possa promover seus positivos efeitos e não apenas integrar o conjunto

pode-se identificar, em nosso sistema processual, um subsistema que delinea claramente os modos e os instrumentos de tutela dos direitos coletivos (que são as ações civis públicas e a ação popular) e os modos e os instrumentos para tutelar coletivamente os direitos subjetivos individuais (que são as ações civis coletivas, nelas incluído o mandado de segurança coletivo”. (ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 59.)

<sup>83</sup> Com relação ao regime da coisa julgada nas ações coletivas no Brasil, pondera María Carolina Eguren: “Además de la cosa juzgada *erga omnes* y de la extensión *in utilibus – secundum eventum litis* – el régimen brasileño se integró con la modalidad de cosa juzgada material si la reclamación colectiva resultare rechazada por insuficiencia probatoria. (EGUREN, María Carolina. La Cosa Juzgada em El Proceso Colectivo. In: OTEIZA, Eduardo (coord). **Procesos Colectivos**. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2006. p. 401).

<sup>84</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. Ações Coletivas no Brasil – Atualidades e Tendência. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Temas de Direito e Processos Coletivos**. Porto Alegre: HS, 2010. p. 36.

<sup>85</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2010, p. 178.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

de reformas legislativas processuais incapazes de promover as tão aclamadas e necessárias efetividade e celeridade do processo civil brasileiro.<sup>86</sup>

Com relação à possibilidade de não observância à tese adotada no incidente de resolução de demandas repetitivas, o novo CPC prevê no art. 985, § 1º que “Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação”. Porém é importante referir o Projeto de Lei 2384/15, votado em 21 de Outubro de 2015 pelo Plenário da Câmara dos Deputados pretende reverter tal disposição, prevendo que caberia ação rescisória para os tribunais estaduais ou regionais federais, em vez de reclamação para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de impedir o aumento de processos nas cortes superiores.

Considerando a sistematização do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, prevendo a participação de órgãos na condição de *amicus curiae* e, principalmente pela proposição central deste livro, no sentido de estabelecer como obrigatória a manifestação e intervenção de órgão ou entidade (como uma agência reguladora) nos processos em que se discutam direitos de natureza coletiva, difusos ou individuais homogêneos, com potencial de gerar demandas repetitivas (ou formar o incidente de resolução de demandas repetitivas) e, assim, com a pré-disposição de formar precedente de eficácia vinculante “erga omnes”, cujo conteúdo deve possuir qualidade técnica, justiça e racionalidade, na perspectiva de legitimação democrática e em função da sua repercussão social e econômica, é necessário abordar algumas questões elementares sobre o instituto do *amicus curiae*.

O *amicus curiae* trata-se de um auxiliar do juízo, sendo que sua vinda ao processo pode ser determinada pelo magistrado ou pelo próprio *amicus curiae*, que tem como objetivo criar melhores condições para que a decisão seja proferida pelo Poder Judiciário.<sup>87</sup>

Como não é parte, o *amicus* pode ser definido como terceiro, mas não “terceiro” como os protagonistas das formas de intervenção legalmente previstas, e sim “terceiro” no sentido

---

<sup>86</sup> WELSCH, Gisele Mazzoni. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Projeto do CPC**. In: ROSSI, Fernando et. al. (Coords). *O Futuro do Processo Civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 227-235.

<sup>87</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 130.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

amplo de quem não é parte.<sup>88</sup> Carlos Rodrigues Gustavo del Prá identifica que, dentro do conceito de sujeito do processo, os terceiros processualmente conhecidos (denunciado à lide, nomeado à autoria, assistente) possuem situações jurídicas correspondentes criadas pela lei, que são as regras que determinam em quais momentos, sob qual forma e mediante quais critérios cada um pode intervir.

Já o *amicus* atua em situações jurídicas distintas, e, ainda, um tanto nebulosas, sendo que a lei pende “ora autorizando ao juiz requisitar sua participação, ora autorizando ao próprio terceiro pleiteá-la”.<sup>89</sup> Sendo assim, não se pode classificar ambos os institutos com a mesma natureza jurídica e percebendo-se que a atuação de tal interveniente no processo figura, na atual configuração processual legislativa, como mera faculdade.

O terceiro intervém como *amicus curiae*, figura processual típica do direito anglo-americano, raramente encontrada nos sistemas de *civil law*, embora admitida no STF há algum tempo.<sup>90</sup> Carlos Gustavo Rodrigues delPrá sugere que, para o *amicus*, cabe adequar o instituto a um dos conceitos já existentes. Entretanto, questiona o autor: será mais adequado qualificá-lo como terceiro interveniente ou auxiliar do juízo? E sugere a tomada do seguinte critério para definir a natureza jurídica do instituto: tratando-se de intervenção voluntária, é terceiro interveniente, ainda que se trate de uma intervenção diferente das previstas no CPC; tratando-se de intervenção provocada, o *amicus* seria uma espécie do gênero auxiliar do juízo.<sup>91</sup>

Assim, a manifestação do *amicus curiae* pode ser entendida como uma espécie de intervenção de terceiro. Qualquer estranheza à qualificação do instituto com esta natureza jurídica certamente decorre de um paradigma no ordenamento jurídico brasileiro no sentido de somente serem aceitas como espécies de intervenção de terceiros as previstas no CPC/73, o

---

<sup>88</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.p.211.

<sup>89</sup> RODRIGUES DEL PRÁ, Carlos Gustavo. A imutabilidade da “justiça da decisão” como fixação de causa de pedir em demanda nova: uma releitura do art. 55 do CPC e a caracterização do interesse jurídico do assistente. **Revista de processo**, n. 144, São Paulo, p. 275-285, fevereiro de 2007.

<sup>90</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>91</sup> RODRIGUES DEL PRÁ, Carlos Gustavo. A imutabilidade da “justiça da decisão” como fixação de causa de pedir em demanda nova: uma releitura do art. 55 do CPC e a caracterização do interesse jurídico do assistente. **Revista de processo**, n. 144, São Paulo, p. 275-285, fev, 2007.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

que pode ser atribuído a um conceito de relação processual fechada, oriundo do sistema romano-germânico.<sup>92</sup>

Entretanto, não se compreende totalmente adequada a qualificação somente do *amicus* voluntário como terceiro interveniente, e somente do *amicus* provocado com auxiliar do juízo. Afinal, o *amicus* voluntário, tal qual o provocado, exerce a única função de cooperar com o juízo, e não litiga em prol de interesse jurídico próprio ou subjetivo na demanda, ainda que tenha algum interesse institucional de zelar pela coletividade que representa.<sup>93</sup>

No mesmo sentido, o *amicus* provocado, quando ingressa no processo, também não deixa de ser um terceiro (no sentido de não ser parte) interveniente (no sentido de intervir em processo alheio). Dessa forma, entende-se adequada a qualificação do *amicus*, seja qual for a forma de intervenção – provocada ou voluntária – como um terceiro interveniente cujo requisito para intervenção no feito será a possibilidade de cooperar com o julgamento da lide. Esta conclusão quanto à natureza jurídica do *amicus* é referida na doutrina:

Aquele que atua como *amicus curiae* decerto não se inclui no conceito de parte, pois não formula pedido, não é demandado ou tampouco titulariza a relação jurídica objeto do litígio. Também não exterioriza pretensão, compreendida como exigência de submissão do interesse alheio ao seu próprio, pois seu interesse não conflita com aquele das partes. E, dentro da conceituação puramente processual dos terceiros, devemos admitir necessariamente que o *amicus curiae* inclui-se nesta categoria. Sua manifestação deve ser compreendida como verdadeira modalidade de intervenção de terceiros, não obstante a disposição do art. 7º. Da Lei 9.868/1999 que nega peremptoriamente o uso da intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade, cristalizando o entendimento já consagrado no Regimento Interno do STF. Esta vedação deve ser compreendida como proibição do manejo das modalidades de intervenção previstas no CPC (arts. 50 a 80), o que não desconfigura o *amicus curiae* como espécie de intervenção de terceiros.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> MIGLIAVACCA, Moraes Carolina. **A figura do *amicus curiae* e a sua utilização no processo civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2010.

<sup>93</sup> “Também não é terceiro interessado, porquanto não tem interesse jurídico na causa, bem como porque não assume a condição de parte ou de coadjuvante de alguma delas. Ele é um terceiro indiferente, assemelhando-se a um auxiliar do juízo, na medida em que garante o magistrado de informações. Sua intervenção está sujeita a dois requisitos: um objetivo e outro subjetivo, O primeiro é a relevância da matéria. O segundo, a representatividade adequada” (PINTO, Rodrigo Strobel. ***Amicus curiae*: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial**, p. 132).

<sup>94</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter* des öffentlichen Interesses. Revista de Processo. São Paulo, n. 11, p. 9-41, 2004.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Considerando que o instituto do *amicus curiae* está, inegavelmente, presente no ordenamento jurídico brasileiro, e tendo já definido a sua natureza jurídica enquanto terceiro que auxilia o juízo, cabe compreender quais são os fundamentos jurídicos que justificam a sua aceitação no Brasil. Basicamente, a intervenção do *amicus* pressupõe, em qualquer sistema de direito, a atuação de indivíduos que não são qualificados como partes em determinado processo judicial.<sup>95</sup>

O instituto do *amicus curiae* também encontra fundamento na democratização dos poderes constituídos. Nessa senda, toma-se por base a teoria do agir comunicativo de Habermas como um dos canais de comunicação que devem existir entre a sociedade e a jurisdição constitucional (aqui, a atuação do *amicus curiae*, especialmente nas ações de declaração de constitucionalidade, encontra grande fundamento). Trata-se de uma ampliação do conceito da democracia deliberativa a uma ética de discurso.<sup>96</sup>

Destarte, percebe-se que a atuação do *amicus curiae*, no âmbito do processo civil, consiste em elemento otimizador da legitimação democrática das decisões judiciais, na medida em que aproxima o Poder Judiciário da sociedade, da sua realidade e demandas, fator que tende a imprimir maior justiça e efetividade aos comandos judiciais.

Eugênio Facchini Neto aponta para duas razões básicas para o aprofundamento do papel do Judiciário na sociedade atual, e qualifica-as como irreversíveis. São elas: (a) a mudança da estrutura do sistema jurídico, observada a partir da segunda metade do século

---

<sup>95</sup> MIGLIAVACCA, Moraes Carolina. **A figura do *amicus curiae* e a sua utilização no processo civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2010.

<sup>96</sup> Sobre a democracia deliberativa, anota-se: “a democracia deliberativa tem como uma de suas características mais importantes buscar conciliar as duas principais matrizes da teoria política moderna: a matriz político-liberal e a matriz democrática (...). A compreensão da democracia deliberativa deve prevalecer por ser a mais conforme aos postulados (regulativos da interpretação constitucional) da ‘unidade da constituição’, da ‘integridade’ e da ‘coerência’, os quais prescrevem, em síntese, que o sistema formado pelos princípios constitucionais deve ser reconstruído de modo a se compor um todo coerente, integrado e harmônico. Tais postulados se alicerçam na compreensão de que o fato de o direito conter normas que obrigam em sentido divergente é um problema, a ser corrigido pela atividade interpretativa, e não uma característica sua, essencial e insuperável. Além disso, a proposta democrático-deliberativa deve prevalecer também por ser a que melhor permite a cooperação democrática em contextos marcados por um profundo desacordo moral, i.e., pelo ‘fato do pluralismo’, o qual afasta a possibilidade de se justificar pré-politicamente a restrição da soberania popular”. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 19-21).

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

XX, e que tinha por objetivo alcançar o Estado constitucional de direito e (b) a alteração da estrutura política com o desenvolvimento deste Estado social, em consequência do maior intervencionismo do Estado na economia e na sociedade.<sup>97</sup> Atualmente, o Judiciário encontra-se dissociado da tradicional ideia de que o Estado apenas desempenhava duas funções, protetiva (dos atos lícitos) e repressiva (dos ilícitos), sendo razoável afirmar que as decisões advindas do Judiciário – as munidas de repercussão geral, com certeza – devem encontrar consenso com a situação atual da sociedade, com o aparato instrumental oferecido pela realidade social e política do momento presente. Assim, afirma-se que o Judiciário é figurante ativo na democracia participativa, que permite a “própria intervenção dos cidadãos, individual ou organizadamente, nos procedimentos de tomada de decisões político-administrativas”.<sup>98</sup>

É exatamente nesta ideia que a abertura do Direito Processual Civil ao instituto estrangeiro do *amicus curiae* encontra fundamento. Trata-se de uma participação democrática que ocorre fora dos contornos do Poder Legislativo (o qual delimita a iniciativa popular pelo plebiscito, referendo e pelo direito de votar e ser votado). O instituto possibilita um meio de influenciar e reivindicar as decisões estatais-judiciais com a legítima participação de terceiros representantes da sociedade.<sup>99</sup>

A manutenção e ampliação do âmbito de incidência do instituto, portanto, aumenta o conhecimento dos magistrados sobre o objeto julgado e, mais do que isso, possibilita um debate relevante e público sobre as matérias de maior repercussão nacional. O resultado é a democratização da jurisdição e o controle da sociedade sobre os atos judiciais, que é, aliás, um dos fundamentos do princípio da publicidade, artigos 5º, LX e 93, IX, CRFB.<sup>100</sup> Da mesma forma, refina a interação do juiz com a realidade social, política e econômica atual,

---

<sup>97</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no mundo contemporâneo. **Revista da ajuris**, Porto Alegre, n. 108, Ajuris, p. 139-165, dez. 2007.p. 140.

<sup>98</sup> Idem.p. 154.

<sup>99</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter* dês öffentlichen Interesses. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 11, p. 9-41, 2004.

<sup>100</sup> ALVIM, Artur da Fonseca. Garantia constitucional da publicidade dos atos processuais. In: MOLINARO, Carlos Alberto; PORTO, Sérgio Gilberto; MILHORANZA, Mariângela (Coord.). **Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, p. 60.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

pois o mantém consciente sobre as informações técnicas específicas e relativas ao objeto da lide, bem como o ponto de vista do grupo mediante oitiva de suas entidades representativas.<sup>101</sup>

O *amicus curiae* já encontra fundamentos, portanto, no ordenamento jurídico. O princípio da cooperação, consequente do contraditório, positivado no artigo 5º, LV, CRFB, exige dos sujeitos processuais a tomada de novas medidas, sendo que cabe ao magistrado o estímulo ao debate processual como forma de acertar a decisão final processual ao maior convencimento do sentenciante.<sup>102</sup>

Para averiguar a natureza do interesse institucional que move o *amicus curiae*, deve-se retomar a distinção entre a intervenção provocada do amigo da corte e a intervenção espontânea. Na intervenção provocada, o juízo, por sentir esta necessidade (por determinação legal ou não), intima determinado órgão ou sujeito para intervir no feito na qualidade de *amicus curiae*. Nesses casos, como se trata de uma intervenção provocada e especificamente dirigida a outrem para auxiliar o juízo, não se perquire, necessariamente, se a intervenção está motivada por algum interesse institucional do amicus. A intervenção está motivada pela determinação judicial, a qual pode ser atendida pelo amigo da corte, apresentando sua manifestação, ou pode ser recusada, com a devida justificativa.

Por outro lado, intervenção espontânea do *amicus curiae* ocorre quando o sujeito requer, por sua iniciativa própria, o ingresso no feito. Nesse caso, cabe ao juiz, se assim entender necessário, averiguar a natureza do interesse do *amicus*, até mesmo com o intuito de adequar o ingresso aos critérios mencionados no ponto anterior, fazendo uso das diligências que entender cabíveis para atingir este fim. É na intervenção espontânea que se questiona se a natureza do interesse para a intervenção do *amicus* é de ordem individual ou coletiva.

Resta claro que o *amicus* não deve tutelar interesse jurídico próprio, portanto não se fala em direito de intervir. Para esses casos, pode o sujeito buscar a tutela de seu direito nos termos legais, como parte. O *amicus*, então, é movido por um interesse (e não um direito). Este interesse, como já dito, é institucional. Possui ordem coletiva, e não individual,

---

<sup>101</sup>PINTO, Rodrigo Strobel. Amicus curiae: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 151, p. 131-139, 2007.

<sup>102</sup> RICCI, Eduardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 495-499, 2006, p. 497.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

justamente porque se trata de uma preocupação, por parte do *amicus*, quanto à qualidade da decisão proferida.

O amigo da corte faz questão que o magistrado tenha contato com todas as informações, todos os dados e pontos de vista que ele próprio conhece, por possuir maior intimidade com a matéria debatida no processo, ou simplesmente por se tratar de órgão (governamental ou não, público ou não) que institucionalmente representa determinado grupo direta ou indiretamente envolvido no caso. Se o seu interesse é no sentido de qualidade da decisão judicial, que é prestada pelo Estado, evidentemente que este interesse é de ordem pública, portanto coletivo. A ideia de cooperação, contraditório e ampliação dos meios de instrução também está vinculada ao caráter de interesse coletivo da intervenção do *amicus*.<sup>103</sup>

Assim, com relação à possibilidade de atuação do amigo da corte para além das hipóteses legalmente previstas, percebe-se que ela se enquadra na liberdade para determinar os meios de prova que o magistrado dispõe (artigo 130, CPC/73) que autoriza o deferimento ou o requerimento da intervenção do *amicus* nos casos não previstos em lei.

Teresa Arruda Alvim Wambier assim define o *amicus curiae*:

Trata-se, como a própria expressão sugere, de um *amigo do juiz*, de um *colaborador do juiz*, que deve agir no sentido de que o Poder Judiciário, ao decidir, leve em conta, de algum modo, por exemplo, como vetor interpretativo, os valores adotados pela sociedade, representada pelas suas instituições.<sup>104</sup>

A importância do *amicus* é mais evidente em face das discussões travadas no STF, dada a amplitude de significado das normas constitucionais, assim como a complexidade fática e a disputa entre valores inerentes aos casos em que se busca a delimitação do sentido dos direitos fundamentais. Isso não quer dizer, entretanto, que a definição do sentido da lei federal também não possa exigir a intervenção do *Amicus curiae* em face de questões

<sup>103</sup> “O permissivo à oitiva do *amicus curiae* é a presença de interesse público no processo, o que impõe a ampliação do contraditório em virtude: a) do mandamento da participação como objetivo político do processo e b) do postulado de depuração da prestação jurisdicional, pelo aspecto colaborativo do contraditório” (CABRAL, Antonio do Passo. *Op.cit.* p. 29).

<sup>104</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op.cit.* 2008, p. 304

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

complexas e relevantes para a vida social, ainda que fora dos “recursos repetitivos” – embora só exista previsão para estes casos.<sup>105</sup>

A sua participação é, pois, importante, na visão de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, na medida em que as decisões sobre a existência ou inexistência de repercussão geral em determinado tema constitucional, apreciado pelo STF no recurso extraordinário, poderão ser tomadas como modelos para a solução de casos futuros idênticos.<sup>106</sup>

A fim de ilustrar quem poderia atuar como *amicus curiae*, cita-se exemplo de Bruno Dantas:

[...] no exame da repercussão geral das questões constitucionais no RE, os *amicus curiae* podem ser, por exemplo, organizações não governamentais de defesa das liberdades civis interessadas em demonstrar ao STF o impacto que as questões em debate no recurso têm perante a sociedade. Esse impacto, é bom que se diga, é exatamente o conteúdo da repercussão geral, e será examinado no juízo de admissibilidade. Ainda nesse exemplo, embora seja do interesse dessas organizações a preservação das liberdades civis nos termos da discussão do processo em que foi deferida a sua intervenção, é igualmente relevante para elas que, no momento da adoção da decisão paradigma, o STF esteja municiado de dados suficientes a demonstrar a sua repercussão social, pois pior que perder o mérito daquele recurso é permitir que, à luz do § 5.º do art. 543-A do CPC, nenhum outro RE versando questão idêntica seja admitido (salvo revisão de tese).<sup>107</sup>

Os ônus do *amicus curiae*, ao participar da verificação de existência, ou não, de repercussão geral na questão constitucional debatida, são de agir imparcialmente e prestar informações que efetivamente sirvam à solução da questão. Outrossim, tem que cumprir com todos os deveres previstos no art. 14 do CPC/73,<sup>108</sup> tais como proceder com lealdade e boa-fé processual.<sup>109</sup>

<sup>105</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 230.

<sup>106</sup> NERY Junior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.1010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 981.

<sup>107</sup> DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>108</sup> Art. 14, CPC: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Já no exercício de seus poderes, permite-se que o *amicus curiae* apresente suas razões por escrito; que faça sua sustentação oralmente em igual tempo que tenha sido deferido às partes; admite-se, também, que apresente memoriais. Outrossim, sendo do interesse deste terceiro, entendem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que ele possa ser recebido pessoalmente por Ministro do STF, a fim de que, por algum desses meios, possa auxiliar no convencimento do STF pela presença ou, até mesmo, pela ausência de repercussão geral da questão constitucional aventada pelo recorrente.<sup>110</sup>

Embora a legislação e o Regimento Interno do STF apenas façam menção à admissibilidade do *amicus curiae* na fase de “análise da repercussão geral”, sendo assim entendido, por parcela da doutrina, que sua atuação deva ficar restrita apenas a esta etapa do recurso extraordinário,<sup>111</sup> Nelson Rodrigues Netto sustenta que também na fase de julgamento de mérito do apelo extremo deva ser autorizada a sua participação, mesmo que a lei não o faça expressamente. Porquanto, entende o autor que “[...] o fundamento para a intervenção do *amicus curiae* resulta da representatividade que ele possui para a manifestação de um interesse institucional”.<sup>112</sup>

---

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)“.

<sup>109</sup>DANTAS, Bruno. *Op.cit.* 2012, p. 323.

<sup>110</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, DANIEL. *Op.cit.* 2012, p.48.

<sup>111</sup>AMORIM, Aderbal Torres de. **O novo recurso extraordinário: hipóteses de interposição, repercussão geral, amicuscuriae, processamento, jurisprudência, súmulas aplicáveis.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 54-55.

<sup>112</sup>NETTO, Rodrigues Nelson. A intervenção de terceiros nos julgamentos da repercussão geral do recurso extraordinário e do recurso especial paradigmático. In: DIDIER, Jr. Fredieet al (Coords). **O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: Estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 391.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Relativamente à figura do *amicus curiae* na sistemática dos recursos especiais repetitivos, pode-se referir que, com o intuito de assegurar o mais amplo debate do tema por todos os eventuais interessados, pode (o relator) solicitar informações a serem prestadas no prazo de 15 dias aos tribunais federais ou estaduais, a respeito da controvérsia (art. 543-C, §3º do CPC/73)<sup>113</sup>, ou em razão da relevância da matéria, a “manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na matéria” (art. 543-C, §4º, do CPC/73 e art. 3º, I, da Resolução nº 08/2008, do STJ )<sup>114</sup>. Tal dispositivo faculta ao relator admitir a “intervenção de pessoas, órgãos ou entidades interessadas na solução da controvérsia. Trata-se da figura do *amicus curiae* (amigo da corte)”<sup>115</sup>.

Como já referido anteriormente, o novo CPC prevê a possibilidade de participação do *amicus curiae* na sistemática de julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, conforme disposição do artigo 1038, I e II.

A permissão pela intromissão deste terceiro (*amicus curiae*) existe por dois motivos. O primeiro é tornar a situação isenta de parcialidade ou questionamento, pois ninguém poderá alegar julgamento à revelia de interessados, uma vez que há possibilidade da intervenção. A segunda permite a participação de interessados com o desiderato de evitar aplicação injusta, ou seja, uma forma de filtrar os casos que se encontram na fila para obter o mesmo fim, o mesmo teor de julgamento<sup>116117</sup>. Afinal o recurso sobrestado pode “ter outros argumentos que

<sup>113</sup> § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

<sup>114</sup> § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. Art. 3º Antes do julgamento do recurso, o Relator: I – poderá solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a serem prestadas no prazo de quinze dias.

<sup>115</sup> TAVARES JÚNIOR, Homero Francisco. Recursos especiais repetitivos: aspectos da Lei 11.672/2008 e da Res. 8/2008 do STJ. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 166, dez./2008. p. 197. Sobre o tema dispõe Fredie Didier Júnior: “É o *amicus curiae* verdadeiro auxiliar do juízo. Trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado ou requerida pelo próprio *amicus curiae*, cujo objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Recurso de Terceiro**: juízo de admissibilidade. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 181.

<sup>116</sup> NOGUEIRA, Daniel Moura. *Op.cit.* out. 2008. p.240.

<sup>117</sup> Daniel Ustárroz e Sérgio Porto trazem a seguinte preocupação: “preocupa a forma pela qual a sociedade participará do debate acerca da melhor orientação pretoriana. Se, por um lado, é realmente impossível imaginar o direito de todos indivíduos interessados peticionarem nos autos do julgamento paradigma, por outro, a vedação não poderá ser absoluta, sob pena de se ofuscar a aplicação democrática do direito”. PORTO,

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

justifiquem o acolhimento ou rejeição da tese veiculada, argumentos estes não levados em consideração nos recursos escolhidos e nas respectivas contrarrazões”<sup>118</sup>.

Portanto, é da natureza do próprio *amicus curiae* ser uma forma de intervenção popular no controle de constitucionalidade de leis, fortalecendo a democracia. É nesse sentido o entendimento de Rodrigo Murad do Prado:

A participação direta da sociedade no processo de controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos administrativos, através do amigo da corte, mostra-se cada vez mais necessária em razão do aprimoramento e flexibilização da rigidez que a lei 9.868, de novembro de 1999, em seu artigo 7º, propõe ao vedar todas as hipóteses de intervenção de terceiros e, apenas, propiciar, a critério do relator do processo, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a admissão da manifestação de outros órgãos ou entidades para elucidar questões pertinentes à matéria discutida.<sup>119</sup>

É válido referir posicionamento contrário a respeito do papel do *amicus curiae*, o qual pode ser subvertido, se exercido por grupos de interesse e pressão política. Isabel da Cunha Bisch desenvolveu estudo comparativo das experiências americana, europeia e brasileira e estabeleceu que não faltam críticas à representação de interesses e à atuação dos grupos de pressão sobre os poderes públicos, que podem induzir os responsáveis pela elaboração, aplicação e interpretação de leis a uma visão meramente restrita do Direito, pois a necessidade de priorizar o interesse público, muitas vezes, vai de encontro aos interesses de grupos sociais, permanentemente agitados no Estado Social Contemporâneo.<sup>120</sup>

---

Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. Manual dos recursos cíveis. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

<sup>118</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* maio/2008. p.219.

<sup>119</sup> PRADO, RODRIGO Murad do. **A participação popular no controle abstrato de constitucionalidade: amigo da corte**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.p.143.

<sup>120</sup> BISCH, Isabel da Cunha. **O *amicus curiae*, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comprado à luz das experiências americana, europeia e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 159.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Portanto, diante de questões de direito de grande repercussão político-social, com várias perspectivas de abordagem ou que, uma vez decidida, pode trazer prejuízos a grupos portadores de interesses transindividuais ou a direitos fundamentais, é até mesmo aconselhável à Corte convidar *amicus* para trazer argumentos novos em nome dos terceiros não representados no recurso repetitivo.<sup>121</sup>

Sendo assim, vê-se que o *amicus curiae* deve ser aceito como um dos principais canais para a comunicação entre o processo e a sociedade, e este é o seu principal fundamento. Conclui-se, ainda, que o instituto não somente encontra fundamentos jurídicos para a sua aplicação completa no Brasil nas teorias doutrinárias, mas também nos dispositivos legais constitucionais, infraconstitucionais e princípios processuais, ou seja, além de existir justificativa teórica para a aceitação do *amicus curiae* no Brasil, há compatibilidade entre o instituto e as regras procedimentais do processo civil.<sup>122</sup>

Considerando a função de contribuição para o processo com dados e elementos técnicos e específicos relativos ao objeto do direito em debate, além do alargamento do contraditório e da legitimação democrática, a participação e intervenção do *amicus curiae* pode e deve ser ampliada, especialmente em um sistema jurídico composto de precedentes com eficácia vinculante, considerando a necessidade de qualificação técnica e jurídica da formação da *ratio decidendi* do precedente judicial, que será aplicada a outros casos análogos e futuros.

Portanto, o caráter obrigatório da aplicação do precedente judicial, através das técnicas instituídas, determina que o amigo da corte tenha função não apenas de atuar fornecendo os elementos técnico-jurídicos necessários à prolação da mais completa decisão judicial, mas também para garantir a concretização do contraditório, legitimando dessa maneira a aplicação desse precedente judicial nos casos futuros.

Contudo, para que isso aconteça de forma mais ampla e efetiva é preciso que se ampliem as hipóteses de atuação do amigo da corte, que não deve ficar restrita ao âmbito das decisões vinculantes decorrentes do julgamento da repercussão geral, dos recursos especiais repetitivos, das ações constitucionais, dos incidentes de inconstitucionalidade, que se

---

<sup>121</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2013.p. 234.

<sup>122</sup> MIGLIAVACCA, Moraes Carolina. *Op.cit.* 2010.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

constituem como precedentes judiciais vinculantes ou obrigatórios. Considerando a nova realidade de respeito a precedentes judiciais estabelecida pela dogmática do Novo Código de Processo Civil, é possível defender a necessidade de atuação e intervenção do *amicus curiae*, seja uma agência reguladora ou outro órgão ou entidade com condições para contribuir para formação do precedente judicial, nos precedentes formalmente vinculantes previstos no art. 927 da Lei nº 13.105/2015<sup>123</sup>, os quais são precedentes “fortes” devido à possibilidade de impugnação direta pelo descumprimento via Reclamação (atentando para a alteração proposta pelo Projeto de Lei 2384/15), mas não apenas na hipótese prevista no § 2º de alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, a qual pode ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Seria necessária a participação necessária da figura do amigo da corte na formação da *ratio decidendi* desses precedentes formalmente vinculantes como forma de pluralizar o debate e democratizar o conteúdo da decisão judicial, outorgando maior legitimidade democrática para o Poder Judiciário exercer função normativa.

---

<sup>123</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
  - II - os enunciados de súmula vinculante;
  - III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
  - IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
  - V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
- § 1o Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.
- § 2o A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
- § 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
- § 4o A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.
- § 5o Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Cassio Scarpinella Bueno entende que mesmo quando se trata de precedentes judiciais persuasivos, impõe-se que os julgadores insistam na necessária e adequada tarefa de melhor decidir, e, assim, a necessária intervenção do *amicus curiae* afastando, quando existentes, todos os argumentos em prol de ou contra determinada tese jurídica, com vistas a legitimar a decisão.<sup>124</sup>

Fredie Didier Jr. E Hermes Zaneti Jr. Reconhecem que há uma tendência de se admitir a intervenção do *amicus curiae* em qualquer ação coletiva, ainda que não exista expressa previsão legal nesse sentido, mas desde que a causa tenha relevância e que o amigo da corte tenha condições de auxiliar o trabalho do magistrado, contribuindo com informações e análises para o melhor julgamento da demanda. Trata-se de da admissão de intervenção atípica de *amicus curiae*, que visa auxiliar em uma completa prestação da tutela jurisdicional, bem como na legitimação da decisão judicial, cuja *ratio* poderá atingir um número indeterminado de sujeitos.<sup>125</sup>

Eduardo Cambi e Kleber Ricardo Damasceno defendem a ampla intervenção do amigo da corte para conferir legitimidade às decisões proferidas em processos coletivos, reconhecem que, com a crescente força vinculante dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio, ratifica-se a necessidade de se ampliar os mecanismos argumentativos de participação social na formação da decisão judicial, como a intervenção do *amicus curiae*.<sup>126</sup>

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina ponderam que a participação do amigo da corte no processo se liga à ideia de participação procedimental democrática, garantindo-se à coletividade, representada pelo *amicus curiae*, o poder de influir na criação da solução de dado problema, que poderá atingir no futuro, um número indeterminado de sujeitos, que deduzam em juízo, caso semelhante ao já julgado.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Op.cit.* 2012. pp. 567-568.

<sup>125</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 8.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v.4., p. 266.

<sup>126</sup> CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae e o processo coletivo: uma proposta democrática*. **Revista de Processo**. N. 192, fev. 2011, p.36.

<sup>127</sup> MEDINA, J. M. G.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Amicus curiae*. In: FREDIE DIDIER Jr.; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). **Terceiro no Processo Civil Brasileiro - Estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 496.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Assim, nota-se que, seja por meio da atuação da figura do *amicus curiae* seja pela realização de audiências públicas na resolução de temas de interesse social, tem-se a participação da sociedade no processo constitucional, conforme pensamento de Boaventura de Sousa Santos, para quem os tribunais e a sociedade devem caminhar juntos para o desenvolvimento da democracia.<sup>128</sup>

Destarte, a necessidade de observância a critérios e limites à discricionariedade judicial como forma de preservar o Estado Democrático de Direito mostra-se salutar e indispensável dentro da sistemática dos precedentes judiciais de eficácia vinculante e a teoria dos princípios pode auxiliar no âmbito argumentativo, no fechamento do espaço de discricionariedade do intérprete e, mesmo em caso de omissão legislativa, é possível construir a norma a partir do ordenamento jurídico, quando houver autorização expressa pelo próprio constituinte, como é o caso do mandado de injunção.<sup>129</sup>

Por fim, o critério da racionalidade na produção de decisões judiciais deve ser um imperativo, racionalidade no sentido de argumentação lógica e coerente das regras e princípios incidentes no caso concreto, considerando também a necessidade de qualificação técnica e dotada de justiça do *decisium*, tanto na justificação norteada por princípios universais e sob pressupostos lógicos, quanto na motivação, esta sob a liderança da retórica a fim de viabilizar a justificação.

O Direito como saber que possibilita a normatização das formas jurídicas de controle social revela-se atividade racional. Como determina Maccormick, para se analisar a racionalidade da argumentação retórica – a coerência– implica, portanto, compromisso da decisão judicial com princípios e valores que outorgam à decisão a força que a torna aceitável pelo seu auditório, impedindo ou reduzindo a arbitrariedade dos órgãos responsáveis pela jurisdição estatal.

O raciocínio jurídico manifesta-se, essencialmente, no processo judicial, na motivação do juiz em dizer o direito do caso concreto, expressando as razões da sua decisão. Com efeito,

---

<sup>128</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortês, 2008.p. 86.

<sup>129</sup> ZANETI JR., Hermes. *Op.cit.* 2015.p.387.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

ao decidir, deve o juiz interpretar o direito de forma razoável, ponderada e aceitável a fim de transformar sua decisão em algo socialmente útil.<sup>130</sup>

As razões de uma sentença judicial dirigem-se não apenas aos litigantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas como também o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisá-las, agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras.<sup>131</sup>

Assim, é preciso que se considere que a viabilização de participação desses órgãos (agências reguladoras) nas causas de potencial repetitivo atende à necessidade de efetivo controle e fiscalização do cumprimento da decisão judicial, considerando as repercussões sociais e econômicas que implicam, bem como de acordo com as suas respectivas competências legais. Portanto, considerando todos os aspectos, a observância e realização efetiva de tal critério para a determinação da decisão judicial e formação de precedente com eficácia vinculante, por meio da técnica processual cabível, é medida que se impõe e atende aos reclamos do Estado Democrático de Direito, especialmente quanto aos preceitos de participação e diálogo democráticos, racionalidade e segurança jurídica.

## CONCLUSÃO

Eis aqui o critério decisional a ser necessariamente observado para a obtenção da resposta constitucionalmente adequada, o qual permitirá ainda a legitimação democrática da função normativa da jurisdição, considerando o diálogo institucional entre poderes, mas dependerá de uma pertinente e ampla motivação da decisão judicial, não somente como forma de viabilizar a realização desse diálogo institucional entre poderes, mas também como meio de controle democrático do conteúdo da decisão judicial, potencialmente um precedente com eficácia vinculante, pela sociedade em geral.

Ainda, é necessário que a racionalidade seja o principal argumento para uma teoria dos precedentes, pois o juiz do caso atual tem de saber que a sua decisão poderá se tornar

---

<sup>130</sup> CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. **Chaim Perelman**: da argumentação à justiça: um retorno a Aristóteles. Porto Alegre: Linus, 2007. p. 85.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

aplicável em um caso futuro e, portanto, consistir em um precedente, com eficácia vinculante e, *ipso facto*, com necessidade de resguardo de coerência com a Constituição, no que tange especialmente à isonomia, segurança jurídica e efetividade.<sup>132</sup>

Destarte, percebe-se que a observância e concretização do critério proposto neste estudo para a formação do precedente judicial atende à necessidade de se estabelecer a resposta constitucionalmente correta para o caso concreto na realidade do Estado Democrático de Direito; viabiliza a adequada motivação da decisão judicial, onde a aplicação da técnica da ponderação tem grande relevância, pelos amplos fundamentos, de ordem jurídica e técnica, que irão compô-la; e, ainda, outorga legitimidade e controle democráticos pela participação de órgãos de Estado pertencentes aos poderes constitucionalmente estabelecidos, minimizando as hipóteses de arbitrariedades e conduzindo para a racionalidade no julgamento.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. **Temas de direito processual**. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o amicus e o Vertreter dês öffentlichen Interesses. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 11, p. 9-41, 2004.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Lisboa: Livraria Clássica, 1940.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

<sup>132</sup> ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.* 2015. p. 390.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não-fundamentada. Conceitos. Nulidade. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 22, n. 65, nov.1995.

CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. **ChaimPerelman**: da argumentação à justiça: um retorno a Aristóteles. Porto Alegre: Linus, 2007.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. SP: Martins Fontes, 2006.

FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial**: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**. In: SEMINARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Servicio de Publicaciones de La Universidad de Alicante. Doxa. Caduernos de Filosofía Del Derecho. Marcial Pons, 2012.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6.ed. São Paulo: Vozes, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HART, Herbet L.A. **The concept law**. 2.ed. Oxford: Clarendon Pressa, 1997.

LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. V.2.

MACCORMICK, Neil. **H.L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARRAFON, Marco Aurélio; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Legitimidade da jurisdição constitucional e a possibilidade de atuação de Senador da República como amicus curiae no contexto da nova racionalidade processual. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. v. 24. p. 1115-1137, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MIGLIAVACCA, Moraes Carolina. **A figura do amicus curiae e a sua utilização no processo civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2010.

MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Segunda Série. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOTTA, Cristina Reindolffda. **A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PINTO, Rodrigo Strobel. Amicus curiae: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 151, p. 131-139, 2007.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. Brasília (DF): Ministério da Justiça, 2000.

RODRIGUES DEL PRÁ, Carlos Gustavo. A imutabilidade da “justiça da decisão” como fixação de causa de pedir em demanda nova: uma releitura do art. 55 do CPC e a caracterização do interesse jurídico do assistente. **Revista de processo**, n. 144, São Paulo, p. 275-285, fev, 2007.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Dever de Motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: **O projeto do novo código de processo civil: uma análise crítica**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Tradução de Jorge Trindade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

TARUFFO, Michele. **La fisionomia dela sentenza in Italia**. Padova: CEDAM, 1975. p.181.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Nulidades, segundo Mitidiero**. Disponível em: [www.tex.pro.br](http://www.tex.pro.br). Acesso em: 04/07/2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Manuale di diritto costituzionale I – Il sistema dele fonti del dirritto**. Torino: Unione Tipografico-EditriceTorinese/UTET.

ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: JusPodivm, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 63.

WELSCH, G. M. *Aspectos Relevantes e Critérios Necessários na Formação de Precedentes Vinculantes nas Demandas Repetitivas*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

WELSCH, Gisele Mazzoni. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Projeto do CPC. In: ROSSI, Fernando *et. al.* (Coords). **O Futuro do Processo Civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 227-235.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC (Coleção Liebman)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAMPS, C. E. *Aspectos Actuales del Proceso Civil en Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

## ASPECTOS ACTUALES DEL PROCESO CIVIL EN ARGENTINA

Carlos Enrique Camps<sup>133</sup>

### SUMARIO

Introducción; Federalismo; Consenso; Simplificación; Gestión Judicial; Adaptación Tecnológica; Eficacia.

### INTRODUCCIÓN

El derecho procesal argentino se encuentran en un momento de profundas transformaciones.

Hoy, todas las provincias argentinas y la Nación se encuentran abocadas al estudio de reformas de sus respectivos Códigos Procesales, procesos que se hallan en diferentes fases de ejecución (provincias como Santa Cruz, Chaco y Mendoza ya han modificado sus respectivas leyes de rito; la Nación se encuentra en proceso de redacción de un anteproyecto de ley; etc.)

La necesidad de modernizar la legislación procesal surgió hace ya bastante tiempo. Sin embargo, el hecho determinante para dar inicio a este proceso de cambio ha sido la entrada en vigencia del nuevo digesto de derecho privado, el Código Civil y Comercial de la Nación, en el año 2015.

Con esta reforma se pone al día el derecho privado que regía la vida de los argentinos mediante desde el siglo XIX.

Con una Constitución Nacional original (1853 – 1860) hasta el 2015 se aplicaban – junto a otras leyes complementarias- el Código Civil y el Código de Comercio que databan, respectivamente, de los años 1869 y 1889. Si bien habían sufrido algunas reformas, el derecho privado se encontraba regulado en esos cuerpos normativos desde aquella época.

---

<sup>133</sup>Secretario Civil y Comercial, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Docente de Posgrado, Universidad de Buenos Aires. Docente de Posgrado, Universidad Nacional de La Plata. Director Ejecutivo Revista Código Civil y Comercial – La Ley, Director der Revista La Ley Buenos Aires y encargado de la sección Derecho Procesal Ambiental en Revista de Derecho Ambiental.

CAMPS, C. E. *Aspectos Actuales del Proceso Civil en Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

A la par, y para los trámites procesales que se generasen a partir de la aplicación de tales códigos de derecho de fondo, se cuenta con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, los que rigen –respectivamente- desde los años 1967 y 1968.

Si bien en la República Argentina existen –como se indicara- una gran cantidad de códigos procesales en materia civil y comercial (uno por cada una de las 23 provincias más el que corresponde a la Nación para las justicias federal y ordinaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), se destacan los Códigos de la provincia de Buenos Aires y el de la Nación por aplicarse en territorios que poseen la mayor parte de la población del país (sobre un total de 40.117.096 hab. –según censo 2010-, la Provincia de Buenos Aires tiene 15.625.084 hab. mientras que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2.890.151 hab. Entre ambas jurisdicciones se reúne casi la mitad de la población del país).

Así, se observa que gran parte de la población se encuentra regida –en lo procesal- por estos dos ordenamientos procesal con medio siglo de vigencia.

A esa antigüedad y a la evolución de la sociedad durante esas décadas se debe la necesidad del cambio.

Y, fundamentalmente, a otro hito trascendente: la reforma constitucional del año 1994 que en la Argentina ha producido una muy trascendente mutación en las bases jurídicas del Estado.

Entre las modificaciones más destacables que se observan en el texto de la Constitución Argentina de 1994 -en comparación con el régimen anterior- encontramos la incorporación de una gran cantidad de tratados de Derechos Humanos como parte integrativa del derecho argentino (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional).

De entre todos los tratados incorporados mediante esta reforma, posee especial importancia la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-.

Este tratado es importante no solamente por el catálogo de derechos que contiene sino por algo que lo diferencia del resto, haciéndolo único: la regulación de un sistema de control del cumplimiento de estas normas por parte de los Estados Parte. Concretamente, se prevén órganos (la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos) encargados de

CAMPS, C. E. *Aspectos Actuales del Proceso Civil en Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

recibir y dar curso –cuando corresponda- a las denuncias de ciudadanos contra los países que integran el grupo de signatarios de esta Carta internacional y, si es pertinente, emitir recomendaciones, opiniones consultivas y, finalmente, sentencias condenatorias.

Esto es, se trata del único tratado de derechos humanos que –a través de los órganos que regula- genera jurisprudencia.

Esta jurisprudencia es muy importante, tanto como el texto mismo de los tratados en cuanto a los derechos que contempla. La Corte Suprema de Justicia argentina –el máximo tribunal de la Nación- ha señalado en varias oportunidades la trascendencia de estos fallos internacionales. Ha señalado, en este camino, que todos los jueces argentinos deben utilizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como pauta de interpretación de normas del Pacto frente a normas internas (casos “Mazzeo”, Fallos 330:3248 y “Rodríguez Pereyra”, sent. del 27-IX-2012).

El Código Civil y Comercial del año 2015, más de veinte años después de la reforma de la Constitución, alude a esas normas de los tratados de Derechos Humanos como integrantes del derecho privado y, asimismo, como reglas de interpretación del derecho privado argentino (arts. 1 y 2).

Se produjo así la denominada “constitucionalización del derecho civil y comercial argentino”.

Como ya hemos señalado, juega al mismo tiempo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establece como pauta de interpretación obligatoria para los jueces la doctrina que surge de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En tal sentido, en los últimos tiempos, la Argentina ha sido condenada en varias ocasiones por ese Tribunal, por violaciones a derechos humanos en materia no penal. De allí la tremenda trascendencia de estos fallos a los fines de analizar cuál debe ser la política legislativa del país al reformar los regímenes procesales en lo civil y comercial: en estos fallos la Corte Interamericana señala en qué falló el proceso civil argentino y por qué no cumplió con el derecho humano a la “eficacia procesal”.

Nos referimos a los casos FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA, sentencia del 27 de abril de 2012, FURLAN Y FAMILIARES VS. ARGENTINA, sentencia del 31 de agosto

CAMPS, C. E. *Aspectos Actuales del Proceso Civil en Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

de 2012 y MÉMOLI VS. ARGENTINA, sentencia del 22 de agosto de 2013. En muy prieta síntesis, se condena a nuestro país por que -en los casos ventilados- los tribunales intervinientes no dieron a las partes involucradas respuestas acordes con los intereses en juego ni en tiempo adecuado. Al no haber actuado de tal modo, los tribunales transgredieron derechos humanos procesales básicos y causaron daños que la Argentina fue condenada a resarcir (además de otros tipos de prestaciones que integraron las respectivas condenas).

En estos tres casos –y, especialmente, en FORNERON- se encuentran las líneas principales que deberá respetar el nuevo derecho procesal argentino si desea ser considerado respetuoso de los compromisos internacionales asumidos, en particular a través del Pacto de San José de Costa Rica.

De esas sentencias surge cuál debe ser el modelo de “proceso argentino civil y comercial eficaz”, a partir de considerarse la eficacia procesal como derecho humano, partiendo de una interpretación sistémica de los arts. 8 y 25 del Pacto.

Como se señalara, este proceso de reforma está en marcha.

En el ámbito de la Nación, se encuentra el desarrollo el Plan “Justicia 2020” dependiente del Poder Ejecutivo Nacional. Este formato de debate y construcción colectiva de aportes ha dado, hasta ahora, un producto concreto: las “Bases para la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”. En la doctrina procesal nacional, asimismo, contamos con el Anteproyecto del profesor Mario A. Kaminker y colaboradores. También, como se dijo, ya existen varios códigos procesales civiles reformados.

Creemos que las siguientes pueden ser las líneas deseables de abordaje de este cambio de normativa procesal.

## **1. FEDERALISMO**

Argentina consagra la forma federal de gobierno. Y ello tiene un directo correlato con el federalismo procesal que surge del hecho de que las provincias no delegaron (ni lo hacen actualmente, ya que tal pauta no varió luego de la última reforma constitucional) en la Nación la posibilidad del dictado de normas procesales. La Nación, a pesar de ello, ha dictado muchas normas de esta naturaleza.

CAMPS, C. E. *Aspectos Actuales del Proceso Civil en Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Muchas de ellas obran en los códigos de fondo. Muchas de ellas aparecen –ahora- en el Código Civil y Comercial. También es sabido que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación avala esta actividad legislativa del Congreso nacional, en la medida en que tales reglas rituales sirvan para dar eficacia a la figura del derecho de fondo a la que acceden.

Sin embargo, creemos que en la hora actual, donde todo el país analiza la posibilidad de cambiar sus regímenes procesales, es útil recordar la regla: cada provincia debe fijar un proceso que sirva a sus intereses propios, acorde con las formas de litigar propias de cada región, ajustado a la particular idiosincrasia local.

Las distintas extensiones geográficas, las diferentes conformaciones poblacionales, los variados climas, las múltiples costumbres, etc., todo hace que una realidad provincial pueda requerir de una forma distinta de organizar los trámites judiciales respecto de la realidad de otra provincia.

Pueden ser necesarios diferentes modos de garantizar los principios básicos de igualdad y defensa en juicio, dependiendo del ámbito en el que se desarrollen los pleitos.

Esto, que ya fuera visto por el constituyente fundacional, no ha variado. Lo que ha ocurrido es una atrofia del federalismo todo y, por consecuencia, también del federalismo procesal.

Es imperioso –y esta es una ocasión formidable para ello- volver a las fuentes. Es muy importante que cada pueblo de cada provincia, puesto a encarar una reforma legislativa de esta naturaleza, se mire a sí mismo y observe cuáles son las necesidades propias y estudie el modo de darles como respuesta un mecanismo ritual acorde.

Un clarísimo ejemplo de lo que venimos señalando lo tenemos en la adopción en cada provincia del proceso electrónico. Hay avances en tal sentido en todas las provincias, sin embargo en todas ellas la situación muestra un muy diferente panorama. Y ello tiene que ver con múltiples factores: diferentes posibilidades de desarrollo de infraestructura, diferentes grados de adaptación al cambio, diferente compromiso con el tema de los poderes judiciales, diferente desarrollo tecnológico, etc. Claramente se observa lo inconveniente que resultaría intentar imponer un modelo único de proceso electrónico para todo el país, con tantas diferencias reales subyacentes.

CAMPS, C. E. *Aspectos Actuales del Proceso Civil en Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Por supuesto, ello no obsta a que se puedan elaborar propuestas de procesos modelos. Sin embargo, sostenemos la necesidad de que la adhesión a tal modelo sólo puede realizarse en el convencimiento de que las respuestas allí pergeñadas dan acabada respuesta a las necesidades propias del proceso en cada provincia.

## 2. CONSENSO

A menos que se cuente con la presencia de un jurista –o grupo de ellos- que posean la aptitud de conocer acabadamente las necesidades concretas de los operadores jurídicos de una determinada jurisdicción y tengan, además, la autoridad científica suficiente para sugerir institutos procesales que habrán de ser aceptados por todos de buen grado y en el entendimiento de que se trata de las mejores reglas procesales (situación que si bien puede ser factible, no resulta el caso más habitual), las reformas procesales deben venir precedidas por una serie de consensos mínimos que brinden legitimidad de origen a las normas reformadas.

Quienes tengan la responsabilidad de gerenciar los procesos de conformación de los gérmenes de estos nuevos ordenamientos procesales, creemos prudente y útil que lleven adelante un previo trabajo de sondeo respecto de la opinión de los sectores más representativos del mundo jurídico relacionado con el litigio: los abogados del foro de toda la provincia, los magistrados, el superior tribunal de la jurisdicción de que se trate, las comisiones específicas de las cámaras legislativas, la dependencia con competencia en la materia del poder ejecutivo, al menos.

La escucha y consulta a estos diferentes estamentos también habrá de efectuarse de modo constructivo, no permitiendo que discusiones interminables terminen por frustrar el loable objetivo de obtener consensos previos a la sanción de un nuevo ordenamiento procesal. Aquí lucirá la habilidad de los encargados de plasmar las ideas originales sumadas a los aportes provenientes de estas rondas de consulta en los anteproyectos de ley correspondientes.

Lo cierto es que una serie de consensos previos respecto de los contenidos que se propone incorporar a la ley asegurará una aceptación más extendida en la comunidad jurídica que habrá de utilizar el nuevo régimen ritual, lo cual garantiza –en gran medida- el éxito y la eficacia del proceso que se rediseña.

CAMPS, C. E. *Aspectos Actuales del Proceso Civil en Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

### 3. SIMPLIFICACIÓN

El nuevo proceso debe ser más simple.

Sin descuidarse los derechos básicos de igualdad y defensa en juicio, los institutos novedosos que se pergeñen con el objeto de conducir ordenadamente el debate judicial deben necesariamente ser más sencillos que los que ahora conocemos y que provienen de códigos procesales que hunden sus raíces en la tradición decimonónica. Vienen de un época donde la visión patrimonialista-individualista era la predominante. Donde el proceso civil todo se conducía en términos de búsqueda de una indemnización dineraria. Donde se podía demorar cuanto se quisiese en la medida de que exista un buen embargo trabajo que asegure, a la postre, la posibilidad de ejecutar un bien del deudor y cobrar.

Hoy ello no describe un proceso eficaz.

La eficacia de nuestros días se vincula –como surge de los referidos casos de la Corte Interamericana- con brindar una respuesta judicial adecuada a los derechos e intereses en juego y en tiempo razonable. Y para ello, las fórmulas rituales no pueden ser enrevesadas sino, justamente, todo lo contrario: formas simples, ágiles, concentradas, que eviten las dilaciones –voluntarias e involuntarias- y permitan llegar a una solución fuerte en su validez y eficaz en sus efectos.

La ciencia procesal provee un buen vademecum de estas figuras simplificadas. La práctica tribunalicia –en la persona de jueces comprometidos con su función- también muestra ejemplos de este tipo de proceder judicial, a partir del trabajo de magistrados que en uso de sus facultades ordenatorias e instructorias crean y aplican figuras simplificadas.

Pues bien, es hora de recopilar estos mecanismos, observar si pueden ser generalizados en un código procesal nuevo y, de tal modo, regularlos como ley positiva.

### 4. GESTIÓN JUDICIAL

El juzgado –como paradigma de oficina judicial- hace ya mucho tiempo dejó de ser el reducido reino donde el juez ejerce su poder omnímodo, muchas veces encerrado en el ámbito

CAMPS, C. E. *Aspectos Actuales del Proceso Civil en Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

de su despacho sin contacto con sus subalternos con los que tenía comunicación solamente a través del secretario.

Hoy el juzgado es una oficina donde se desarrolla un servicio público esencial. Todos los integrantes del juzgado son servidores públicos. Y el primer servidor público es el juez. La tarea del juez y de todo su juzgado debe estar dirigida a servir debidamente, lo que significa – en este contexto- servir con eficacia.

Para cumplir con este objetivo es imprescindible una correcta organización y conducción de la oficina judicial.

Eso es la gestión.

Hoy es inconcebible una oficina judicial sin una mínima forma de gestión organizada.

La reforma procesal que se viene debe necesariamente contemplar este aspecto. Quizás con la inclusión de la temática en los códigos en sí o en las leyes orgánicas de los poderes judiciales o en leyes especiales que regulen la gestión judicial. Pero no puede ser dejado de lado ya que resulta un aspecto crucial si se quiere obtener un resultado eficaz del trabajo que allí se lleve adelante.

Los elementos básicos de gestión judicial deben formar parte de las currículas universitarias de la carrera de abogacía. Asimismo, debe ser un punto –de vital trascendencia- a ser evaluado en los procesos de selección de magistrados y funcionarios. Por otra parte, debe existir –por parte de los poderes judiciales y, en especial, de sus cabezas como son los superiores tribunales- mecanismos permanentes de monitoreo de la gestión de las múltiples oficinas judiciales, control de su desarrollo, apoyatura y capacitación permanente.

## **5. ADAPTACIÓN TECNOLÓGICA**

El nuevo proceso, el que se habrá de reformar a la luz de las reglas que contiene el nuevo Código Civil y Comercial, deberá ser electrónico.

De una vez por todas deberán incorporarse a la vida del juicio los recursos tecnológicos que hoy ya forman parte de la vida cotidiana.

La comunicación vía electrónica, la redacción de escritos digitales, la videgrabación de testimonios, declaraciones y otras diligencias, la preservación de información en formato

CAMPS, C. E. *Aspectos Actuales del Proceso Civil en Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

digital en servidores oficiales, la utilización de mecanismos digitales para asegurar la validez de ciertos textos en cuanto a autoría o integridad, etc. son todos aspectos de la vida cotidiana que, llevados al terreno del proceso judicial, habrán de generar –sin lugar a dudas- un proceso acorde a los tiempos que corren, tomando las ventajas del procesamiento y almacenamiento digital de la información.

Ya existen experiencias de varios lugares de la República donde el sistema va afianzándose. Este proceso no está exento de tropiezos: la implementación de este sistema – solo comparable con la masificación de la letra escrita a partir del aporte de Gutemberg a la humanidad- evidencia en muchos casos problemas de mayor o menor gravedad. Será necesario, una vez más, que los jueces deben poder poner las cosas en caja. Más allá de las costosas implementaciones, el destino final es –podemos asegurarlo- el proceso electrónico.

## **6. EFICACIA**

Para cerrar estas reflexiones sobre el tema y retomando el concepto que sirvió de leit motiv, la eficacia procesal ya no es una opción: es una mandato cuyo incumplimiento expone a la Argentina, entre otras cosas, a incurrir en responsabilidad internacional y, también, a indemnizar.

La Corte Nacional en el caso “Bernabé Correa”, desde antiguo, ha dispuesto que la Nación podría legislar en temas de proceso sólo si ello servía para garantizar la eficacia de la figura de fondo. Así, como se reseñara, el sistema debe ser eficaz para que puedan valer las normas procesales que obran en leyes nacionales. El sistema debe ser eficaz para evitar incurrir en responsabilidad internacional. El sistema debe ser eficaz –y esta es la razón de mayor peso- para servir de mejor modo a la población que necesita imperiosamente la respuesta de la judicatura.

La eficacia, también, podrá servir para guiar a nuestros jueces en la búsqueda de recursos superadores frente a textos que aún no han cambiado del todo o bien frente a textos procesales –y a los fines de descalificar su validez- que, regulados por la Nación, no poseen las virtudes de aquéllas que en el inicio del siglo pasado fueron avaladas por el fallo “Bernabé Correa” referido.

CAMPS, C. E. *Aspectos Actuales del Proceso Civil en Argentina*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

El proyecto de código procesal debe ser seriamente encarado: se trata de una norma muy trascendente, que gobernará la vida de los tribunales y de las pretensiones que allí se ventilen por los próximos años.

No puede ser hecho a la ligera, ni dejado en manos de improvisados con afán de lucimiento personal.

Es necesaria una labor reposada, meditada, consensuada, planificada.

Debe contar con una explicación de cuál es el norte que persigue la reforma para, de ese modo, encontrar sentido a los nuevos institutos, a las supresiones, a las reformulaciones.

Solo de este modo, con un trabajo serio de base, se podrá ponderar la virtud del nuevo ordenamiento y solamente de esa manera, será posible predicar de lo propuesto la bondad, entendida como la cualidad de la norma positiva que permita conducir con eficacia un trámite judicial en pos de la defensa de derechos vulnerados o desconocidos.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

## TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS VISTOS COMO NORMA CONSTITUCIONAL EM FUNÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

Bruno Smolarek Dias<sup>134</sup>

Celso Hiroshi Iocohama<sup>135</sup>

### SUMÁRIO

Introdução; 1. Direitos Humanos e Normas de *Jus Cogens*; 1.1. Normas de Direitos Humanos; 1.2. Normas de Direito Internacional Geral – *Jus Cogens*; 1.3. *Jus Cogens* como fonte independente de Direito Internacional; 2. Constituição e Poder Constituinte; 2.1. Limites ao Poder Constituinte Originário; 2.2. *Jus Cogens* como possível limite ao Poder Constituinte Originário; 2.3. Poder Constituinte Derivado: o bloco de constitucionalidade, a reforma e a mutação constitucional; Considerações Finais; Referências.

### INTRODUÇÃO

O referente deste trabalho é apresentar os direitos humanos, como normas de *jus cogens* internacional, como um potencial limitador material ao poder constituinte, levando em consideração que o poder constituinte será analisado sobre a possibilidade de ser limitado em sua parte material tendo em vista valores preponderantes de dignidade da pessoa humana e a liberdade dos Estados Nacionais de constituírem as suas organizações sociais. Logo o objeto

---

<sup>134</sup> Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – SC; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR; Especialista em Docência no Ensino Superior e Ciência Política, Planejamento e Estratégia pela União Pan-Americana de Ensino – UNIPAN; Advogado e Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR, bem como do Curso de Direito da Unidade Universitária de Francisco Beltrão – PR, da Universidade Paranaense – UNIPAR e da Universidade Estadual do Paraná - UNIOESTE; E-mail: <professorbruno@prof.unipar.br>.

<sup>135</sup> Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP; Doutor em Educação pela Universidade de São Paulo; Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL; Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Paranaense – UNIPAR; Advogado e Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania e da Graduação em Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR <celso@prof.unipar.br>.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

de Estudo são os ditames do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua capacidade de criar limites à organização das sociedades nacionais<sup>136</sup>.

Para tanto o trabalho iniciar-se-á definindo as normas de Direitos Humanos, para num segundo momento demonstrar como estas podem ser consideradas como normas generalizadas de Direito Internacional Público conhecidas como *jus cogens*.

Uma vez feito isto será analisado o Poder Constituinte em sua essência, sua origem, seu exercício e sua materialização no documento constitucional, seja na estrutura originária ou derivada por meio de reforma ou mutação constitucional.

Ao analisar o Poder Constituinte será necessário adentrar-se à discussão da existência de limites materiais que conformam este poder originário, e quais limites seriam estes especificamente tendo em vista o objeto e objetivo do trabalho.

É mister deste artigo demonstrar que os referidos *jus cogens* são potenciais objetos de limitação ao Poder Constituinte Originário, devendo ser, se assim considerados forem, respeitados pelos países tendo em vista a organização da sociedade internacional, à qual todos os países estão vinculados.

Por fim, demonstrar como a atual estrutura do Direito Constitucional tem possibilitado o entendimento de que os Direitos Humanos venham a ser considerados como normas constitucionais por meio do Bloco de Constitucionalidade, proporcionando o fenômeno da reforma e da mutação constitucional, por meio do Poder Constituinte derivado.

O referido artigo terá como Categorias e Conceitos Operacionais: a) Constituição é a conformação de uma sociedade sobre uma estrutura normativa que possibilita à esta mesma sociedade regular-se e controlar o seu ente regulador que é o Estado, ou seja, a sociedade regula a si mesma e controla a entidade criada para efetuar esta regulação por meio de tal instrumento jurídico; b) Poder Constituinte Originário é o exercício de poder que pela necessidade de alteração na conformação de uma determinada sociedade, sendo então, através das forças componentes desta sociedade, escolhida a forma de exercício do poder que dará origem à nova Carta Constitucional; c) Direitos Humanos sendo estas as normas consideradas como fundamentais a todos os seres humanos para que tenham condições de existência digna,

---

<sup>136</sup> Parte do texto aqui disposto foi objeto de estudo em um artigo anterior: DIAS, Bruno Smolarek “Limite Material ao Poder Constituinte Originário fruto do Direito Internacional”. In: ESPÍRITO SANTO, Davi; PASOLD, Cesar. **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

bem como capacidade de participação da vida social e condições de desenvolvimento de sua pessoa; d) *Jus Cogens* Internacional pode ser entendido como normas que, segunda a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, se sobrepõem à autoridade da vontade dos atores de Direito Internacional, e que devido ao seu caráter de fundamentalidade não podem ser derogadas quer por tratados, quer por costumes ou princípios gerais do Direito Internacional, e, portanto, devem ser consideradas como fundantes de todo o ordenamento jurídico internacional; e) Limites Materiais ao Poder Constituinte são os valores materiais, ou seja, de conteúdo constitucional, que limitam o exercício do Poder Constituinte seja em sua vertente Originária ou Derivada; f) Bloco de Constitucionalidade como um conjunto de atos normativos e princípios expressos ou implícitos que são considerados materialmente constitucionais, ainda que não integrem o texto formal da Constituição; e g) Mutação Constitucional   a modifica o ou altera o do conteúdo das normas constitucionais através de um sistema hermen utico, sem que estas tenham qualquer altera o textual, fruto de sentença, no que se refere este artigo.

O artigo foi produzido através do método indutivo, no qual as formula es individualizadas foram trazidas ao trabalho na busca de obter-se uma percep o do panorama generalista. No tratamento de dados foi utilizado o método cartesiano, fazendo uso das técnicas da pesquisa bibliográfica, da categoria, do conceito operacional e do referente, embasado nos ensinamentos de Cesar Luiz Pasold<sup>137</sup>. Os dados foram retirados de livros e de documentos oficiais produzidos pela Organiza o das Na es Unidas (ONU).

## **1 DIREITOS HUMANOS E NORMAS DE *JUS COGENS***

### **1.1. Normas de Direitos Humanos**

Os Direitos Humanos são considerados por muitos como simplesmente os direitos inerentes às pessoas humanas. Mas os Direitos Humanos são muito mais do que são isso, são

---

<sup>137</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

um conceito político, um conceito moral e também um conceito legal que estruturam as bases dos direitos considerados essenciais às pessoas<sup>138</sup>.

A expressão Direitos Humanos tem um profundo caráter supranacional, vez que se interpreta como as posições jurídicas que reconhecem o caráter humano como tal, sem condições no que tange à vinculação a um determinado Estado, ou ordem constitucional, a princípio válido independentemente da localização geográfica e do tempo, critério este que não deve ser confundido com a imutabilidade do jusnaturalismo, visto que é evolutivo<sup>139</sup>.

Existem algumas formas de Direito que têm por pressuposto sua falta de tipicidade específica: por se tratarem de direitos mais amplos na definição de consequências nos seus enunciados normativos, passíveis de uma maior flexibilidade interpretativa, adaptam-se condutas diárias a eles.

Nesta classe de direitos, incluem-se os Direitos Humanos, permeados de conceitos amplos, tais como: a dignidade humana<sup>140</sup>; o trabalho justo<sup>141</sup>; a garantia de saúde<sup>142</sup> para todos os povos<sup>143</sup>. Essa gama de direitos é considerada como basilar da sociedade de direito em que vive o homem contemporâneo, sendo esta gama de direitos permeada de princípios básicos do próprio Direito<sup>144</sup>.

<sup>138</sup> D'AMATO, Anthony. The concept of human rights in international law. *Columbia Law Review*. v. 82, p. 1110-1159, 1982.

<sup>139</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>140</sup> MENDONÇA, Rafael. **Crítica ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Arriscar o impossível**. 2006. 159 fls. [Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica] Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais – CEJURPS, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí - SC, 2006.

<sup>141</sup> LAVALLE, Ana Cristina Ravaglio. **Direitos fundamentais do trabalhador: estado, seguro-garantia obrigatório e geral e a responsabilidade decorrente dos acidentes de trabalho**. 2012. 259 fls. [Tese de Doutorado em Direito]. Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR, Curitiba – PR, 2012.

<sup>142</sup> SOUZA SIGNORINI, Terezinha de Jesus de. **Fundamentação Material e Efetividade Constitucional do Direito à Saúde: da exclusão à igualdade numa perspectiva superadora de seus hodiernos obstáculos**. 2007. 136 fls. [Dissertação de Mestrado em Direito] Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR, Curitiba – PR, 2007.

<sup>143</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>144</sup> LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Tão básicos são os Direitos Humanos, que devem ser respeitados pelo próprio Estado na consecução de seus afazeres e no planejamento de suas ações. “O respeito aos direitos fundamentais, notadamente pelas autoridades públicas, é pilastra-mestra na construção de um verdadeiro Estado democrático de direito”<sup>145</sup>.

São necessidades do próprio homem que condicionam a criação das normas de Direitos Humanos<sup>146</sup>. Para Gregório Peces-Barba Martinez este objetivo seria conseguido quando possibilitado o conjunto da liberdade moral, psicológica e de escolha, todas concomitantes, e factualmente aplicáveis e exigíveis<sup>147</sup>.

De forma que os Direitos Humanos devem ser visualizados e conceitualizados através de suas dimensões de justiça, de validade e de eficácia<sup>148</sup>.

Os Direitos Humanos fluem pela história das sociedades humanas: desde os gregos (que delinearão a democracia, apesar de seletiva); pelas premissas apresentadas pela Revolução Francesa; pela Revolução Bolchevique, até o final da Guerra Fria<sup>149</sup>.

---

<sup>145</sup> PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. Os direitos fundamentais e o princípio da legalidade: uma compatibilização possível. **Revista da AGU**. Publicação da Advocacia Geral da União. 2005. Disponível em: <[http://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano\\_V\\_dezembro\\_2005/marco\\_aurelio\\_direitos\\_Fundamentais.pdf](http://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_dezembro_2005/marco_aurelio_direitos_Fundamentais.pdf)>. Acesso em: 04 dez. 2007, p. 2.

<sup>146</sup> “Así, los primeros derechos que aparecen en la historia, individuales, políticos y procesales, y que constituyen el núcleo de las declaraciones de la Revolución liberal, no son producto de una gran reflexión racional, sino respuestas a una situación concreta existente en Europa y en las colonias de los países europeos, en los siglos XVI y XVII”. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de moral y Derecho. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. 1988. N. 28. P. 193-207. Editor: Universidad de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho. ISSN 0008-7750.

<sup>147</sup> “Eso supone distinguir en el concepto de los derechos tres momentos inseparable y de los que no se puede prescindir: 1. Una pretensión moral justificada, es decir, generalizable y susceptible de ser elevada a ley general, con un contenido igualitario para sus posibles destinatarios, sean éstos los hombres y los ciudadanos (genérico) o mujeres, niños, trabajadores, consumidores, minusválidos (específicos o situados en una categoría con rasgos propios y distintivos). 2. Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales. Esto exige que esa pretensión moral sea susceptible técnicamente, de acuerdo con las reglas que regulan la creación, interpretación y aplicación de Derecho, de ser incorporada a una norma que pueda pertenecer a un Ordenamiento ...3. Una realidad social que favorezcan y haga posible su eficacia. En efecto los derechos no son sólo pretensiones morales susceptible de ser realizadas a través de Derecho, sino posibles, por la existencia de factores económicos, sociales o culturales que favorezcan su efectividad”. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Conceptos y Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales. Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, v. 1, n. 1, p. 76-85. 1993. ISSN: 1133-0937.

<sup>148</sup> PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Conceptos y Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales. Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Vol. 1. N. 1. P. 76-85. 1993. ISSN: 1133-0937.

<sup>149</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. V. 1. Porto Alegre: SAFE, 1997.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Tendo o seu fundamento, em tempos antigos vinculados à esfera sobrenatural ou a uma abstração metafísica<sup>150</sup> ou até tempos imemoriais, contemporaneamente vinculados ao seu criador e objetivos, o próprio homem<sup>151</sup>.

“Este assume os valores éticos primeiro, políticos depois, e os converte em jurídicos, organizando a convivência social, com suas técnicas próprias, e com o objetivo de cumprir esses fins morais últimos no desenvolvimento da dignidade humana, que estão no fundamento, e no porque dos direitos”<sup>152</sup>.

Vários autores<sup>153</sup> conceituam os Direitos Humanos como reflexo de um “construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social”<sup>154</sup>. Para outros, as origens e a fundamentação dos direitos humanos se confunde, pois ao estudar as origens se compreende sua fundamentação<sup>155</sup>, mas não tem dúvidas em dizer que, mesmo com origens antigas, estes têm esta conformação a partir da modernidade<sup>156</sup>.

<sup>150</sup> VALE DA SILVA, Ildete Regina. **A Fraternidade como um valor que o Direito pode e deve (re)construir**: uma abordagem à luz dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais. 2009. 152 fls. [Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica] Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais – CEJURPS, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí - SC, 2009.

<sup>151</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. **Revista Cultura dos Direitos Humanos**. Coleção Instituto Jacques Maritain. São Paulo: LTR, 1998.

<sup>152</sup> “Éste asume los valores éticos primero, políticos después, y los convierte en jurídicos, organizando la convivencia social, con sus técnicas propias, y con el objetivo de cumplir esos fines morales últimos en desarrollo de la dignidad humana, que están en el fundamento, y en el porqué de los derechos”. (Tradução livre). PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Derechos Fundamentales, Especificación y discapacidad**. In: CERVERA, Campoy. **Igualdad, no discriminación y discapacidad**: una visión integradora de las realidades española y argentina. Madrid: IDHBC-Dykinson, 2007, p. 353-375. ISBN 978-84-9849-045-9.

<sup>153</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Néilson Coutinho. 5 reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: *L' Etàt dei Diritti*. Ou PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas da perspectiva dos Direitos Humanos**. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, abr. 2005. Por fim: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>154</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva. 2006. P. 8.

<sup>155</sup> LEITE GARCIA, Marcos. O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi**, 2005, Fortaleza, CE. Disponível em <<http://www.org/manaus/arquivos/Anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

<sup>156</sup> “Solamente en el mundo moderno a partir del tránsito a la moderidad se puede hablar propiamente de ellos. Las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas que surgen en ese momento histórico permiten usar esos términos con propiedad. Su uso para designar a fenómenos o conceptos propios de etapas históricas anteriores no es correcto”. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derechos fundamentales*. **Revista Jurídica de Castilla-La Mancha**. N. 2. 1987. P. 7-34. ISSN: 0213-9995. P. 9.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Com relação à própria função dos Direitos Humanos a doutrina procura dividi-los em funções objetivas/institucionais ou subjetivas/individuais <sup>157</sup>.

A função objetiva seria a expressão dos valores nucleares de uma determinada ordem jurídica, não se resumindo apenas a limitação dos atos jurídicos da autoridade estatal<sup>158</sup>, funcionando estes valores como fundamentação jurídico-objetiva, dirigindo o ordenamento jurídico<sup>159</sup>.

A função subjetiva estaria vinculada a garantia de posições jurídico-individuais aos titulares do bem jurídico tutelado, referindo-se “à possibilidade que tem o seu titular... de fazer valer judicialmente os poderes, liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão” <sup>160</sup>.

Estas normas fundamentais devem então ser analisadas novamente após a apresentação de um conjunto normativo existente no Direito Internacional, chamado de *Jus Cogens*, que na visão dos autores tem o potencial de serem coadunados para a produção de resultados mais efetivos de proteção para todos os envolvidos na Comunidade Internacional de nações e de sujeitos de Direito.

## 1.2. Normas de Direito Internacional Geral – *Jus Cogens*

O Direito Internacional possui diversas fontes de normas, podendo estas ser provenientes do consentimento das partes envolvidas ou da evolução da sociedade

<sup>157</sup> Usando além da expressão funções a expressão dimensão: BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. Utilizando a expressão perspectiva: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Utilizando o termo fundamentação: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>158</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. **Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. V. XII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P. 297-332.

<sup>159</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>160</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 179.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

internacional e suas bases. A Corte Internacional de Justiça <sup>161</sup>, principal órgão jurisdicional na esfera internacional, considera como fontes de Direito Internacional:

- 1) os Tratados Internacionais, acordos fruto do consentimento entre as partes envolvidas, reconhecido pelas partes nele vinculadas e com consequências jurídicas;
- 2) os costumes jurídicos, sendo a referência de um poder, um poder que coaduna as condutas dos atores de Direito Internacional de forma direta ou indireta na consecução de um determinado objetivo, que serão melhor explicados em seguida;
- 3) os Princípios Gerais do Direito, normas gerais e abstratas consequentes da lógica imanente ao sistema jurídico internacional, que emprestam validade às regras específicas ou gerais fruto dos tratados;
- 4) as Jurisprudências dos Tribunais Internacionais, os tribunais internacionais vinculados às diversas organizações internacionais produzem sentenças que podem ser utilizados em casos perante as outras cortes internacionais; e
- 5) a Doutrina, que apesar do nome, considerado por muitos como errôneo, pois a interpretação do Direito Internacional pode variar de acordo com a interpretação do especialista, logo as suas opiniões não se tratam de doutrinas, e sim de expressões da opinião teórica fundamentada para cada um dos *experts* internacionalmente reconhecidos.

Nesta relação está ausente outra fonte normativa para o Direito Internacional reconhecida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

O artigo 53 da Convenção supracitada, intitulado, Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*), apresenta o seguinte texto:

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.<sup>162</sup>

<sup>161</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. 26 de Junho de 1945, São Francisco, Estados Unidos. Entrada em vigor internacional: 20 de Outubro de 1945. Entrada em vigor no Brasil: 22 de Outubro de 1945.

<sup>162</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. 26 de Maio de 1969, Viena, Áustria. Entrada em vigor internacional: 27 de janeiro de 1980. Entrada em vigor no Brasil: 14 de dezembro de 2009.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Assim sendo, pode-se entender o *jus cogens* internacional como sendo uma modalidade normativa que inclusive deve ser valorada sobre os tratados internacionais.

In other words, *jus cogens* are rules, which correspond to the fundamental norm of international public policy and in which cannot be altered unless a subsequent norm of the same standard is established. This means that the position of the rules of *jus cogens* is hierarchically superior compared to other ordinary rules of international law.<sup>163</sup>

O *jus cogens* internacional pode ser entendido como o conjunto de normas internacionais de caráter fundamental, e, portanto, devem ser consideradas como fundantes de todo o ordenamento jurídico internacional. Como característica de normas fundamentais elas obrigam o seu cumprimento por todos aqueles que se encontram vinculados a este ordenamento, na lógica correspondente ao que ocorre no Direito Constitucional.

A teoria do *jus cogens* vem sendo debatida a inúmeros anos nas esferas superiores da Organização das Nações Unidas – ONU, vale ressaltar o trabalho apresentado por Jesús Maria Yepes, representante colombiano na constituição da ONU em 1945, ou a apresentação do primeiro anteprojeto à Comissão de Direito Internacional, que levava o nome de “A noção de *ius cogens*”, feita por sir Humphrey Waldock em 1963<sup>164</sup>.

Tendo em vista o panorama atual, não se verifica a possibilidade de um Estado não pertencer à sociedade internacional<sup>165</sup>. Não se verifica a existência de um Estado que não esteja em convivência e convergência de interesses para com outros Estados. Todos estão conectados seja econômica, social ou culturalmente. A interdependência é uma das características de nossa convivência enquanto sociedade<sup>166</sup>.

<sup>163</sup> HOSSAIN, Kamrul. The concept of *jus cogens* and the obligation under the U. N. Charter. **Santa Clara Journal of International Law**. Santa Clara, Califórnia, Estados Unidos.vol. 3. 2005. p. 72-98. Tradução livre: “Em outras palavras, *jus cogens* são normas, que correspondem a norma fundamental de política pública internacional e não podem ser alteradas a não ser por normas de mesmo valor estabelecidas posteriormente. Isto significa que a posição hierárquica das normas de *jus cogens* é superior se comparada a outras normas ordinárias de Direito Internacional”.

<sup>164</sup> ROBLEDO, Antonio Gómez. *El ius cogens internacional: estudio histórico-crítico*. México: Universidade Autónoma de México, 2003.

<sup>165</sup> PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>166</sup> REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

O *jus cogens* é de importância fundamental no Direito Internacional sendo aplicado inclusive pelos tribunais internacionais em detrimento de instituições estabelecidas como é o caso do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas<sup>167</sup>.

### 1.3. Jus Cogens como fonte independente de Direito Internacional

Propõe-se primeiramente a analisar o *jus cogens* como uma fonte independente de normas internacionais, ao invés de considerá-lo como parte dos costumes internacionais.

Os costumes são fruto de uma conjugação de fatores, segundo Welber Barral estes condicionantes seriam concordância com o uso constante e uniforme por parte do Estado, e que este uso é expressão de correção para com a norma internacional<sup>168</sup>. O mesmo ocorre com Michael Byers, “rules of customary international law arise out of frequently ambiguous combinations of behavioural regularity and expressed or inferred acknowledgments of legality”<sup>169</sup>.

Para Michael Byers o costume é referência da existência de um poder, um poder que coaduna as condutas dos atores de Direito Internacional de forma direta ou indireta na consecução de um determinado objetivo<sup>170</sup>.

Enquanto o costume é fruto da existência de um conjunto de ações direcionadas à um objetivo específico, com o critério subjetivo por parte do praticante de obediência as normas de Direito Internacional, o *jus cogens* corresponde a um conjunto de regras básicas para o próprio funcionamento do Direito Internacional, devendo ser reconhecido pelos Estados como normas fundamentais, e, portanto, devendo inclusive direcionar as condutas costumeiras.

<sup>167</sup> “For example, in a 1993 Bosnian case, Judge Lauterpacht expressed his opinion on the

possibility that the Security Council had violated the genocide prohibition and therewith alleged *jus cogens* when imposing an arms embargo on both Serbia and Bosnia. In 1991, Resolution 713 of the Security Council imposed arms embargo. While this resolution disregarded the state’s inherent right of self-defense, the Security Council had been unable to take measures necessary to maintain peace and security in Bosnia. The consequences led to ethnic cleansing, genocide and large-scale human sufferings. Therefore, the argument of alleged violation of *jus cogens* has some potential weight”. HOSSAIN, Kamrul. The concept of *jus cogens* and the obligation under the U. N. Charter. **Santa Clara Journal of International Law**. p. 75.

<sup>168</sup> BARRAL, Welber. **Direito Internacional: normas e práticas**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

<sup>169</sup> BYERS, Michael. **Custom, Power and the Power of Rules**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 3.

<sup>170</sup> BYERS, Michael. **Custom, Power and the Power of Rules**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Alguns autores preferem configurar o *jus cogens* como normas gerais de eficácia *erga omnes* do Direito Internacional, “The concept of *jus cogens* is based upon an acceptance of fundamental and superior values within the system and in some respects is akin to the notion of public order or public policy in domestic legal orders”<sup>171</sup>.

A questão de se o *jus cogens* deve ser considerado como fonte normativa é comprovada tendo em vista as aplicações feitas do mesmo pelos tribunais internacionais. A Corte Internacional de Justiça, órgão judiciário da Organização das Nações Unidas, em 1986, ao julgar o caso da Nicarágua, em sua parte meritória, reconheceu que “the Law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international Law having the character of *jus cogens*”<sup>172</sup>.

A decisão do juiz *ad hoc* Lauterpacht em seu julgamento do pedido provisional de medidas no caso concernente a aplicações da Convenção de Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, a ser aplicada sobre o embargo imposto a Bósnia Herzegovina em 1993, dimensiona a força normativa do “*jus cogens*” internacional.

The concept of *jus cogens* operates as a concept superior to both customary international law and treaty. The relief which Article 103 of the Charter may give the Security Council in case of conflict between one of his decisions and an operative treaty obligation cannot – as a matter of simple hierarchy of norms – extend to a conflict between a Security Council resolution and *jus cogens*. Indeed, one only has to state the opposite to proposition thus – that a Security Council resolution may even require participation in genocide – for its unacceptability to be apparent<sup>173</sup>.

A Corte Internacional de Justiça (ICJ em sua sigla na língua inglesa) já reconheceu tanto o papel do *jus cogens* como fonte normativa como sua força normativa. Se o *jus*

<sup>171</sup> SHAW, Malcolm. *International Law*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 125.

<sup>172</sup> Organização das Nações Unidas - ONU. *Report of the ILC on the Work of its 18<sup>th</sup> Session*. In: *2 Yearbook of the International Law Commission*. n. 172, p. 247. *Apud* BYERS, Michael. **Custom, Power and the Power of Rules**. Tradução livre: “O conceito de *jus cogens* opera como um conceito superior aos tratados e costumes internacionais. O alívio que pode ser dado ao Conselho de Segurança pelo Artigo 103 da Carta que institui que em caso de conflito entre as decisões do Conselho e um tratado obrigatório operativo não podem – como matéria de simples hierarquia de normas – estender-se a um conflito entre uma resolução Conselho de Segurança e o *jus cogens*. Logo, um apenas tem que afirmar a sua oposição a tal proposição – que a resolução Conselho de Segurança pode até requerer participação em genocídio – por sua inaceitabilidade aparente”.

<sup>173</sup> Organização das Nações Unidas – ONU. *ICJ Reports*. N. 325, p. 407, 1993.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

*cogens* deve ser valorado acima dos tratados e dos costumes internacionais, logicamente deve ele constituir uma fonte normativa que não sejam estas.

Seguindo o nosso estudo com relação a peremptoriedade do Direito à Educação, faz-se necessário verificar se este possui ou não os critérios necessários para que se possa, futuramente, considerá-lo e reconhecê-lo como parte do *jus cogens* internacional.

Verificação esta que se faz necessária, pois se compactua com a teoria de que nem todas as normas se constituem em Direitos Humanos, como verificado no item anterior. Lógico que todas as normas devem estar em conformidade para com os enunciados normativos constantes das normas de Direitos Humanos Fundamentais o que acarreta em legitimidade, mas isso não quer dizer que todas as normas se revistam de caráter fundamental elas próprias<sup>174</sup>.

Compactua-se ainda com a teoria de que as normas de Direitos Humanos constantes da Declaração Universal de Direitos Humanos compõem hoje o Costume Internacional, e em conformidade com as outras duas normas universais, os Pactos Internacionais de Direitos Cíveis e Políticos por um lado, e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais por outro, conformam o sistema positivado universal de Direitos Humanos.

Ainda, em respeito a teoria do núcleo mínimo essencial<sup>175</sup>, composto por normas de Direitos Humanos, que é por sua própria natureza volátil de acordo com sua historicidade e evolução<sup>176</sup>, deve-se analisar em dados momentos históricos se um direito está ou não de acordo com as normas peremptórias de Direito Internacional.

As normas cogentes de Direito Internacional Geral são também um núcleo essencial e mínimo do Direito Internacional, composto por normas de Direitos Humanos, mas isto não determina necessariamente que todas as normas constantes do sistema universal de Direitos Humanos estejam no núcleo de normas do *jus cogens* internacional<sup>177</sup>.

<sup>174</sup> ACOSTA-LÓPEZ, Juana Inés; DUQUE-VALLEJO, Ana Maria. Declaración Universal de Derechos Humanos, norma de ius cogens? **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**. Bogotá, Colômbia. N. 12, p. 13-34. Edición Especial 2008.

<sup>175</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. V. 4. 2006, p. 23-51.

<sup>176</sup> Como visto nos capítulos anteriores com relação a historicidade, evolução e proibição do retrocesso social.

<sup>177</sup> “Third, owing to their range and heterogeneity, not all of the human rights of contemporary doctrine can plausibly be regarded as peremptory”. BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 30.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Como visto, devem as normas dispositivas ser conformadas aos ditames das normas cogentes, sob pena de perda de legitimidade, de forma que as normas constantes do *jus cogens* internacional são em sua maioria determinações principiológicas<sup>178</sup>, que possibilitem a conexão com as outras normas de Direito Internacional. Vide a impossibilidade de derrogação das disposições das normas peremptórias de Direito Internacional<sup>179</sup>.

Passa-se então, a discutir o Poder Constituinte para posteriormente verificar-se o possível impacto das normas de *jus cogens* sobre o exercício deste poder.

## 2. CONSTITUIÇÃO E PODER CONSTITUINTE

Para que se fale de Poder Constituinte é necessário deixar clara a categoria Constituição, e o seu Conceito Operacional. A Constituição é a conformação de uma sociedade sobre uma estrutura normativa que possibilita à esta mesma sociedade regular-se e controlar o seu regulador, ou seja, a sociedade regula a si mesma e controla a entidade criada para efetuar esta regulação que é o Estado<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> “The formulation in Article 53 of the Vienna Convention makes it likely that a new source of general norms is emerging. That new source, to the extent it exists, manifestly involves the community intention to create general norms directly. This is even referred to as a constitutional source. If the autonomous nature of *jus cogens* is accepted, it must be explained by extra-positivist factors, such as morality and humanity, and their link to transcendent community interest”. ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory Norms in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 110-111.

<sup>179</sup> “This *jus cogens* is not disposable on the basis of the concurring derogation (Abweichung) by the parties. The code of obligation in humanitarian treaties is ‘absolute and admits of no derogations’. As human rights treaties merely reflect the pre-existing standard of *jus cogens*, the parties may not retract them in reciprocal relations”. ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory Norms in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 91.

<sup>180</sup> “Assim, antes de mais, enquanto parcela do ordenamento jurídico do Estado, a Constituição é elemento conformado e elemento conformador de uma sociedade, e simultaneamente, imprime-lhe carácter, funciona como princípio de organização, dispõe sobre os direitos e os deveres de indivíduos e dos grupos, rege os comportamentos, racionaliza as suas posições recíprocas e perante a vida colectiva como um todo, pode ser agente ora de conservação, ora de transformação. Porém, por ser Constituição, Lei fundamental, Lei das leis, revela-se mais do que isso. Vem a ser a expressão imediata dos valores jurídicos básicos acolhidos ou dominantes na comunidade política, a sede da ideia de Direito nela triunfante, o quadro de referência do poder político que se pretende ao serviço desta ideia, o instrumento último de reivindicação de segurança dos cidadãos frente ao poder. E, radicada na soberania do Estado, torna-se também ponte entre a sua ordem interna e a ordem internacional. A interacção em que se move todo o Direito dito positivo – com os princípios éticos transcendentais, por um lado, com as estruturas, a situação concreta, o dinamismo da vida de um povo – mostra-se aqui muito mais forte, devido à tríplice função institucionalizadora, estabilizadora e prospectiva do sistema das normas constitucionais e à sua específica acção sobre as demais normas e sobre todos os actos do poder. A Constituição tem de ser constantemente confrontada com os princípios e é por eles envolvida e grau

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

A Constituição é criada através da necessidade de alteração na conformação de uma determinada sociedade, sendo então, através das forças componentes desta sociedade, escolhida a forma de exercício do poder que dará origem à nova Carta Constitucional.

Não é, com efeito, todos os dias que uma comunidade política adota um novo sistema constitucional, fixa um sentido para a acção do seu poder, assume um novo destino; é apenas em tempos de “viragem histórica”, em épocas de crise, em ocasiões privilegiadas irrepetíveis em que é possível ou imperativo escolher. E estas ocasiões não podem ser catalogadas a priori; somente podem ser apontados os seus resultados típicos – a formação de um Estado *ex novo*, a sua restauração, a transformação da estrutura do Estado, a mudança de regime político.<sup>181</sup>

Este poder é exercício de soberania constituinte por parte do povo que conforma uma sociedade democrática (tendo em vista a possibilidade de criação de uma Constituição não democrática outorgada pela força sobre determinada sociedade)<sup>182</sup>. Sendo aplicável o conceito inclusive às sociedades que importam em Constituições de ordem costumeira, como é o caso dos países da *Common Law*.

Decerto, enquanto faculdade essencial de auto-organização do Estado, o poder constituinte perdura ao longo da sua história e pode ser exercido a todo o tempo; e, na medida em que prevaleça a soberania do povo como princípio jurídico-político, ao povo cabe decidir sobre a subsistência ou não da Constituição positiva, a sua alteração ou a sua substituição por outra<sup>183</sup>.

Jorge Miranda incluso faz a correlação entre o exercício do poder constituinte por parte do povo como consequência dos direitos fundamentais das pessoas que compõem esse

---

variável; tem de ser sempre pensando em face da realidade política, económica, social e cultural que lhe está subjacente e que é uma realidade não apenas de factos como ainda de opiniões, de ideologias, de posturas políticas, de cultura cívica e constitucional; e esta cultura carrega-se, por seu turno, de remissões para princípios valorativos superiores (o que significa que se dá uma circulação entre valor, Constituição e realidade constitucional)”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 352-3.

<sup>181</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade. 3. ed. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editores, 1996, p. 76.

<sup>182</sup> CANOTILHO, J. J. **Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>183</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade. 3. ed. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editores, 1996, p. 103.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

povo<sup>184</sup>, como reflexo dos direitos fundamentais de primeira geração nominados de Direitos Cíveis e Políticos<sup>185</sup>.

O poder constituinte surge expressamente na obra de Seyès como um poder absoluto e originário do povo em sua luta pela libertação contra o absolutismo, de forma que a liberdade se expressaria em sua forma absoluta da nação na formulação deste texto constitucional, seja na forma, expressão, sem limites materiais ou condições preexistentes. Justifica-se a formulação por parte dos franceses na tentativa de alijar a monarquia de seus “direitos divinos” ou em suas fundamentações teóricas na manutenção de seu poder, por isso, ao justificar o poder constituinte como originário e sem limites, poderiam os revolucionários dar um novo início à sociedade francesa, sem amarras com o passado<sup>186</sup>.

Logicamente que a teoria erigida por Seyès é referente ao poder constituinte originário, que deveria ser ilimitado para proporcionar as mudanças necessárias à sociedade pela Revolução, e não é aplicada a mesma teoria ao poder constituinte derivado, cuja relação de alteração do texto constitucional de acordo com a evolução de uma sociedade sempre se viu como um poder limitado pelos ditames daquele poder originário. O poder constituinte derivado, como defendido inclusive por Madison, no “The Federalist”, é obrigatoriamente limitado pelo exercício do poder originário, pois este é quem determina as normas fundantes para a sociedade que se erigiu<sup>187</sup>.

## 2.1. Limites ao Poder Constituinte Originário

O poder constituinte foi concebido pelo referente dado por Seyès como um poder absoluto e originário, logo ilimitado, com conotações de um atributo divino e soberano<sup>188</sup>.

<sup>184</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade. 3. ed. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editores, 1996, p. 105.

<sup>185</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

<sup>186</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 73.

<sup>187</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 74.

<sup>188</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.81.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Soberania nesse caso entendida como independência na conformação de uma sociedade sem reconhecer limitações internas ou externas, como defendido pela Ciência Política.

Hodiernamente essa compreensão é ultrapassada, pois a Constituição ao ser criada deve, em uma sociedade democrática, respeito à vontade e à luta do povo como um todo. O povo é estruturado por padrões e estruturas sociais conquistadas a muito, ou a pouco, tempo em levantes e em momentos delicados de sua sociedade, os direitos não nascem de uma vez e sim são construídos pela sociedade<sup>189</sup>.

Considera-se como indispensável o meta-princípio jurídico da Justiça, que como referenciado por Klaus Bosselmann, dever ser considerado um princípio a nortear todas as condutas humanas, sejam elas sociais, econômicas, jurídicas ou de qualquer outra forma<sup>190</sup>. A Justiça enquanto valor de uma sociedade que não pode ser abolido por norma alguma, é valorado como critério supra-legal, conformando assim limites ao poder de constituir.

Esta idéia de vinculação jurídica conduz uma parte da doutrina mais recente a falar da “jurisdicização” e do carácter evolutivo do poder constituinte. Se continua a ser indiscutível que o exercício de um poder constituinte anda geralmente associado a momento fractais ou de ruptura constitucional (revolução, autodeterminação de povos, quedas de regime, transições constitucionais), também é certo que o poder constituinte nunca surge num vácuo histórico-cultural<sup>191</sup>.

Canotilho aponta os limites à questões sociais e históricas existentes como ocorre com Bobbio, já Jorge Miranda adota outros limites ao poder constituinte. Segundo Miranda existem três categorias de limites materiais ao poder constituinte: limites transcendentais, imanentes e heterônomos<sup>192</sup>.

Os limites transcendentais são os que, antepondo-se ou impondo-se à vontade do Estado (e, em poder constituinte democrático, à vontade do povo) e

<sup>189</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nélon Coutinho. 5 reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: *L' Etàt dei Diritti*.

<sup>190</sup> BOSSELMANN, Klaus. **The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance**. Hampshire, England: Ashgate, 2008.

<sup>191</sup> CANOTILHO, J. J. **Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 81-2.

<sup>192</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

demarcando a sua esfera de intervenção, provêm de imperativos de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica colectiva (conforme se entender)<sup>193</sup>.

Os limites transcendentais são os relacionados ao imaginário coletivo de justiça, concernente aos anseios de uma determinada sociedade. São consolidados éticos fruto da evolução de certa sociedade, vinculados normalmente com os conceitos de Dignidade da Pessoa Humana.

Cita-se como exemplo a possibilidade de retorno a uma desigualdade normativa constitucional entre os gêneros, adotando o gênero feminino como inferior. Esta possibilidade normativa, mesmo que criada por constituinte originária não teria respaldo legal, por não respeitar os limites transcendentais ligados ao conceito de justiça para a sociedade ocidental.

Os limites imanentes decorrem da noção e do sentido do poder constituinte formal enquanto poder situado, que se identifica por certa origem e finalidade e se manifesta em certas circunstâncias; são os limites ligados à configuração do Estado à luz do poder constituinte material ou à própria identidade do Estado de que cada Constituição representa apenas um momento da marcha histórica. E compreendem limites que se reportam à soberania do Estado e, de alguma maneira (por vezes), à forma de Estado, bem como limites atinentes à legitimidade política em concreto<sup>194</sup>.

Os limites imanentes estão vinculados à forma constitucional, leia-se à organização social e estatal possível. A organização social não é passível de retrocesso em sua conformação<sup>195</sup>, logo, as proposições atinentes à alteração do *status* do Estado dentro de uma constituinte devem sempre levar em conta, por exemplo, a categoria Democracia e Soberania Popular, como fundamentos desta nova organização social.

Os limites heterónomos são os provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos. Referem-se a princípios, regras ou actos de Direito internacional, donde resultam obrigações para todos os Estados ou só para certo Estado; e reportam-se ainda a regras de Direito interno, quando o

---

<sup>193</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 377.

<sup>194</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 377.

<sup>195</sup> Ver NETTO, Luciana Cristina Pinto e. **O princípio da proibição do retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Estado seja composto ou complexo e complexo tenha de ser, por conseguinte, o seu ordenamento jurídico<sup>196</sup>.

Por fim, os limites heterônomos são aqueles estabelecidos pela necessidade de conjugação de um Estado para com suas contrapartes na sociedade internacional. Os Estados, na sociedade internacional, ao relacionarem-se assumem compromissos estabelecidos em acordos internacionais, bem como, os princípios que regulam a atividade internacional entre os entes públicos e privados. Cita-se como exemplo os empréstimos adquiridos por um Estado junto ao Fundo Monetário Internacional, que não se extinguem com a formulação de um novo texto constitucional (vide Constituição da República Federativa do Brasil vigente).

## 2.2. Jus cogens como possível Limite ao Poder Constituinte Originário

Passamos a considerar o *jus cogens* como sendo um dos possíveis limitadores do poder constituinte originário. Não é novidade que se procura tratar as normas gerais de Direito Internacional como um limite ao poder constituinte originário.

Limites heterônomos de Direito Internacional, com caráter geral, são os princípios de *jus cogens* (como os que constam de alguns artigos da Declaração Universal e do art. 2º da Carta das Nações Unidas). Estruturantes da comunidade internacional, eles não podem deixar de se sobrepor à Constituição de qualquer Estado enquanto membro dessa comunidade<sup>197</sup>.

Jorge Miranda defende que o *jus cogens* seja considerado como limite claro aos poderes constituintes tendo em vista, o seu caráter generalista imposto a todos os Estados. Os Estados devem obediência ao *jus cogens*, segundo Kamrul Hossain, por esta categoria de norma no âmbito internacional possuir inclusive caráter do que poderia ser considerados “um constitucionalismo global”.

---

<sup>196</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 377.

<sup>197</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 377.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

As a result, *jus cogens* rules gained the nature of international constitutional rules for two reasons. First, they limit the ability of states to create or change rules of international law. Second, these rules prevent states from violating fundamental rules of international public policy since the resulting rules or violations of rules would be seriously detrimental to the international legal system. Clearly defined contents of the rules of *jus cogens* are not yet likely to be decided. Existence of such norms is now universally recognized and well established<sup>198</sup>.

Por questões de lógica e de esclarecimento, não se defende a existência de uma “constituição global”, apenas a existência de normas que apesar de internacionais podem possuir conteúdo materialmente constitucional<sup>199</sup>, e, portanto, devam, se assim forem consideradas, ser respeitadas pelo poder constituinte dos Estados nacionais, isto seria o conteúdo do *jus cogens*.

### 2.3. Poder constituinte derivado: o bloco de constitucionalidade, a reforma e a mutação constitucional

Iniciamos este tópico com uma análise do bloco de constitucionalidade para posteriormente abordar a reforma e mutação constitucional, dado que a noção de bloco influenciará a forma em que estes institutos serão demonstrados.

Conforme bem explicado pelos professores Luciane Klein Vieira e Luis Renato Vedovato<sup>200</sup>, o ordenamento jurídico de um país se estrutura em torno da supremacia

<sup>198</sup> HOSSAIN, Kamrul. The concept of *jus cogens* and the obligation under the U. N. Charter. **Santa Clara Journal of International Law**. p. 74. Tradução livre: “Como resultado, as normas de *jus cogens* ganharam a natureza de normas constitucionais internacionais por dois motivos. Primeiro, elas limitam a possibilidade dos Estados criarem ou alterarem normas de direito internacional. Segundo, estas normas previnem os Estados de ferirem normas fundamentais de política pública internacional se tais normas ou violações trouxessem sério detrimento ao sistema legal internacional. A definição do conteúdo das normas de *jus cogens* ainda não parecem estar definidas. A existência de tais normas é atualmente reconhecida e bem estabelecida universalmente”.

<sup>199</sup> No sentido dado por José Afonso da Silva, de que as normas materialmente constitucionais são as que tratam das questões axiológicas básicas para a fundamentação do grupamento social, ao invés da interpretação dada por Paulo Bonavides, de que as normas materialmente constitucionais sejam as que tratam das relações de poder e sua correlação para com a sociedade. Ver SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011 e BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>200</sup> VIEIRA, Luciane Klein; VEDOVATO, Luís Renato. “A relação entre Direito Interno e Direito Internacional: Os impactos no cotidiano jurídico brasileiro sob a perspectiva da Ampliação do Bloco de Constitucionalidade”. In: PADILHA, Norma Sueli; GARCIA, Ricardo Alonso (Org.). **III Encontro de**

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

constitucional, como vislumbrado por Hans Kelsen. Assim sendo, todas as normas devem subserviência, seja em critérios de forma ou de conteúdo (formais ou materiais), para com a Constituição.

Fazendo uso da teoria de Carl Schmitt nos é possível dizer que “não somente o texto da Constituição, no caso do direito brasileiro, pode servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade”<sup>201</sup>. A teoria de Carl Schmitt pugna que existem normas que são constitucionais em razão da sua importância perante a decisão política fundamental, e por isso são normas de conteúdo constitucional (materialmente constitucionais ou normas constitucionais); bem como normas que estão na constituição por interesses que não representam tal decisão política, no entanto, como constam da Constituição devem ser respeitadas, seriam as normas com formalidades constitucionais (ou leis constitucionais)<sup>202</sup>.

Desta forma, será constitucional, materialmente falando, a norma que estructure a sociedade, que estabeleça seus mecanismos de controle, como o Estado, seus órgãos, limite os poderes e reconheça direitos fundamentais. Não importando a sua forma de introdução no ordenamento jurídico.

O bloco de constitucionalidade pode ser definido como o conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional. A expressão originou-se no direito francês, a partir da decisão proferida pelo *Conseil Constitutionnel*, em 16 de julho de 1971, por meio do qual afirmou a existência de um bloco de princípios e regras dotadas de nível constitucional, composto pela Constituição de 1958, o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e os princípios fundamentais previstos nas leis da República<sup>203</sup>.

---

**Internacionalização do CONPEDI**. V. 15. Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Ediciones Laborum, 2015, p. 102-119.

<sup>201</sup> VIEIRA, Luciane Klein; VEDOVATO, Luís Renato. “A relação entre Direito Interno e Direito Internacional: Os impactos no cotidiano jurídico brasileiro sob a perspectiva da Ampliação do Bloco de Constitucionalidade”. In: PADILHA, Norma Sueli; GARCIA, Ricardo Alonso (Org.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI**. V. 15. Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Ediciones Laborum, 2015, p. 111.

<sup>202</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Presentación de Francisco Ayala. 1. Ed. 4 Reimpresão. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2003.

<sup>203</sup> LOPES, Ana Maria D’Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. “Bloco de Constitucionalidade e Controle de Convencionalidade: Reforçando a proteção dos Direitos Humanos no Brasil”. **Revista Brasileira de Direito**. V. 12. N. 2. P. 82-94, jul.-dez. 2016. ISSN: 2238-0604.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

A situação em que se encontra o Brasil, em especial após o advento da Reforma do Judiciário feita pela Emenda Constitucional 45, é de pleno reconhecimento de que os tratados de Direitos Humanos no Brasil são de composição do bloco de constitucionalidade, vide os parágrafos do artigo 5<sup>204</sup>.

A defesa de vários professores, como Flávia Piovesan<sup>205</sup> ou Celso Lafer<sup>206</sup>, é de que tal situação se aplique a todos os tratados de Direitos Humanos, com base no critério material, independentemente da formalidade em que foram inseridos no ordenamento jurídico pátrio

Uma vez entendida a teoria do Bloco de constitucionalidade nos é primordial demonstrar como o Poder Constituinte Derivado Reformador pode então ser afetado por ela.

A própria expressão Poder Constituinte Derivado já expressa parte de sua estrutura, dado que deriva da criação do Poder Originário, possibilitando a adequação do texto às alterações sofridas pela sociedade, ou ainda, em sua disposição pela estrutura federativa.

Veja que criado pelo Poder Originário encontra limites tanto na estrutura social, como analisado anteriormente, como também no texto constitucional. Dentre suas várias formas, a primeira que nos interessa para os fins deste artigo é a aceção do Poder ou Competência Reformadora.

A reforma tem a capacidade de alteração textual da Constituição através de modalidade específica no processo legislativo, nomeada de Emendas Constitucionais. Esta situação diverge um pouco da hipótese de criação de nova Constituição pelo Poder Originário,

---

<sup>204</sup> Artigo 5 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

<sup>205</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>206</sup> LAFER, Celso. **A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

visto ser utilizada para adequações pontuais, alterações que não signifiquem a necessidade de repactuação entre sociedade e estrutura política<sup>207</sup>.

Vejam se as alterações legislativas são possíveis, a dogmática jurídica determina que as normas são revogáveis em três situações gerais<sup>208</sup>: 1) na superveniência de outra norma que trate do mesmo assunto<sup>209</sup>, 2) desde que esta norma possua critério de força normativa igual ou superior aquela anterior<sup>210</sup>, ou 3) de que se crie uma norma específica para aquela situação, em detrimento de norma generalista sobre o assunto<sup>211</sup>.

Se as normas provenientes dos Tratados Internacionais dos Direitos Humanos devem ser consideradas como normas de valor constitucional em razão do bloco de constitucionalidade, nos é possível dizer que tais tratados tem o condão de alterar a percepção da texto constitucional.

---

<sup>207</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>208</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Rev. Téc. Cláudio de Cicco. 6. Ed. Brasília: UnB, 1995. Título Original: *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*.

<sup>209</sup> “O cronológico tem a sua ideia expressa no brocardo jurídico: *lex posterior derogat legi priori*. Assim sendo a lei posterior derrogará a lei anterior dando ao sistema jurídico a sua característica dinâmica. O preceito do presente critério é, justamente, a possibilidade da transmutação das normas componentes do sistema, no sentido da visão social atual ou pelo menos mais contemporânea”. BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A solução das antinomias aparentes inseridas na consolidação das leis. **Revista Justiça e História**. Vol. 6. N. 12. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2008. ISSN 1677-065X.

<sup>210</sup> “O Segundo dos critérios é o hierárquico, o seu comando é *Lex superiori derogat legi inferiori*. O uso deste critério para solução de antinomia remeterá o aplicador ou intérprete ao uso da norma hierarquicamente superior, quando se tratar de normas de diferentes níveis. A norma é inferior ou superior devido ao seu poder normativo. E isto é bem retratado por Bobbio: ‘O cabo recebe ordem do sargento, o sargento do tenente, o tenente do capitão até o general, e mais ainda: num exército fala-se de unidade de comando porque a ordem do cabo pode ter origem no general. O exército é um exemplo de estrutura hierárquica. Assim é o ordenamento jurídico’. (BOBBIO, 1999, p. 49-50)”. BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A solução das antinomias aparentes inseridas na consolidação das leis. **Revista Justiça e História**. Vol. 6. N. 12. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2008. ISSN 1677-065X.

<sup>211</sup> “O brocardo *Lex specialis derogat legi generali* descreve o critério da especialidade. A norma é considerada especial, em seu sentido de especificidade, quando possuir todos os elementos típicos da norma geral e ainda acrescentar outros, tanto de natureza objetiva ou subjetiva. Estes elementos trazidos pela norma especial aprofundam na situação fática evidenciada pela norma geral. Bobbio (1999, p. 96) chama este aprofundamento de diferenciação gradual, na qual representa um aprofundamento no desenvolvimento do ordenamento, e bloquear a norma especial frente à geral significaria paralisar esse desenvolvimento”. BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A solução das antinomias aparentes inseridas na consolidação das leis. **Revista Justiça e História**. Vol. 6. N. 12. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2008. ISSN 1677-065X.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Esta lógica subsiste seja na ideia de uma alteração de texto, como a descrita pelo Poder Reformador, seja pela adaptação hermenêutica ocasionada pelos tribunais pátrios em razão dos valores ali expressos, denominada mutação constitucional<sup>212</sup>.

É possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma nova releitura do que deve ser considerado ético e justo. Para ser legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular<sup>213</sup>.

Logicamente, esta teoria proporciona adaptação do texto constitucional para com a realidade atual, no entanto, é necessário verter, que isto também não acontece sem limites, em principal a de respeitar as estruturas estabelecidas pelo texto constitucional, traduza-se seus valores fundamentais<sup>214</sup>.

Exatamente o que defende a teoria dos autores, de que as alterações propostas ao texto constitucional devem levar em conta a norma constitucional em sentido ampliado, logo, respeitando todos os componentes do bloco de constitucionalidade, incluso os tratados de Direitos Humanos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

<sup>212</sup> FREIRE, Phablo; SANTOS, Álef da Costa. “O papel do STF no Paradigma Pós-Positivista, Mutação Constitucional e o Julgamento do HC 126.292”. **Interfaces Científicas. Direito**. V. 5. N. 3. Aracaju. Jun. 2017. ISSN 2316-3321. DOI 10.17564/2316-381X.2017v5n3p31-50.

<sup>213</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 125-6.

<sup>214</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinskeski. NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. “Mutação Constitucional como evolução normativa ou patologia constitucional?”. **Revista Estudos Institucionais**. V. 3. N. 1. 2017.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Como se pode observar pelo texto do artigo, o Direito Internacional é composto por inúmeras fontes, dentre elas o costume internacional, sem dúvida nenhuma, a fonte normativa mais antiga e reconhecida pela sociedade internacional.

O *jus cogens* está de fora das listas formais de fontes do Direito Internacional, no entanto, os juristas internacionais que reconhecem o *jus cogens* como uma fonte independente de Direito Internacional, sendo que os que não o reconhecem não têm dúvidas de inseri-lo como parte do costume internacional, ou de outra fonte já estabelecida, sem pugnar a sua existência<sup>215</sup>.

O costume internacional tem como origem as práticas internacionais que se sedimentaram com o passar do tempo, e são plenamente reconhecidas pelos atores do Direito Internacional. O *jus cogens* como o conjunto de regras gerais de Direito Internacional que conformam a necessidade de respeito por parte de todas as regras de Direito Internacional feitas como fruto da expressão da vontade dos atores deste ramo específico do Direito.

Podem ser considerados em determinados momentos como sendo parte de um mesmo todo, mas na opinião dos autores deste artigo, são, apesar de, institutos jurídicos de conformação similar, de essência diferenciados tendo em vista o seu conteúdo, como acontece com o Direito Constitucional.

As normas de caráter cogente e peremptório do Direito Internacional devem necessariamente ser correlacionadas com o conteúdo valorativo existente nas normas de Direitos Humanos. Logo, a própria estrutura de base do Direito Internacional depende da manutenção dos Direitos Humanos como *core* de sua estrutura em respeito ao valor máximo do direito, o ser humano.

Não se discute a essencialidade de reconhecer as normas para a convivência entre os atores internacionais, mas como já definido nos volumes de Direito Constitucional, existe uma diferença entre normas formal e materialmente constitucional.

Passou-se no artigo a definir o Poder Constituinte como sendo o exercício de poder, de soberania, de uma sociedade para se estruturar em casos de mudança da realidade social em vista do disposto nas normas. O Direito por definição deve ser “[...] uma ordem da conduta

---

<sup>215</sup> BYERS, Michael. **Custom, Power and the Power of Rules**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

humana<sup>216</sup>, confluência de uma sociedade organizada com objetivos comuns, sendo resultado da convivência humana<sup>217</sup>, em sendo a atual sociedade uma sociedade dinâmica e em transformação, deve o direito também se tornar dinâmico.

O Poder Constituinte objeto de estudo deste artigo, foi primeiramente o originário, que é a conformação de uma nova norma fundamental para uma nova sociedade, ocorrendo na incapacidade da norma antiga de conformar a sociedade em seu momento atual.

Poder Constituinte este que foi inicialmente estabelecido como um poder constituinte ilimitado, absoluto, sem limites, tendo em vista a necessidade de se libertar a sociedade medieval das amarras do absolutismo, por isso, a fundamentalidade da ilimitabilidade do Poder Constituinte. Assim, justificar-se-ia a nova Constituição para a sociedade sem o direito divino dos monarcas, e possibilitando o reconhecimento da pessoa como um indivíduo, sujeito de direito.

Em um segundo momento, foi analisada a questão da alteração da Constituição em razão da reforma textual ou da mutação hermenêutica, ambas fundadas com base na teoria de que o as normas materialmente constitucionais devem ser levadas em conta neste processo de adequação.

O Direito como um organismo dinâmico e que deve acompanhar a sociedade em suas evoluções sociais, com a queda do absolutismo e a sedimentação dos ditames da democracia e da soberania popular sobre as figuras dos Estados Nação, deve também o instituto do Poder Constituinte ser atualizado para esta nova realidade.

Assim sendo, o Poder Constituinte na sociedade hodierna é limitado, e deve ser limitado, pelos ditames materiais da sociedade, seja ela a sociedade nacional e as conquistas deste grupamento, como as evoluções da sociedade internacional, onde os Estados necessariamente transitam, tendo em vista a necessidade de relacionamento entre eles.

Conclui-se que os Tratados de Direitos Humanos compõem o núcleo das normas de *jus cogens* à qual os estados devem estar adequados devido ao seu possível caráter de constitucionalidade material prévia, fruto da sedimentação da evolução da sociedade

---

<sup>216</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5. Título original: *General theory of Law and state*.

<sup>217</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução a problemática científica do direito. Tradução de José Cretella Junior. São Paulo: RT, 2003 Título Original: *Reine Rechtslehre*.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

internacional, de forma que poderia, torna-se um limite material à Constituição interna de um Estado pertencente à Comunidade Internacional.

## REFERÊNCIAS

ACOSTA-LÓPEZ, Juana Inés; DUQUE-VALLEJO, Ana Maria. Declaración Universal de Derechos Humanos, norma de *ius cogens*? **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**. Bogotá, Colômbia. N. 12. P. 13-34. *Edición Especial* 2008.

BARRAL, Welber. **Direito Internacional: normas e práticas**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Néson Coutinho. 5 reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: *L' Etàt dei Diritti*.

BOSELNANN, Klaus. **The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance**. Hampshire, England: Ashgate, 2008.

BYERS, Michael. **Custom, Power and the Power of Rules**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: SAFE, v. 1, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. **Revista Cultura dos Direitos Humanos**. Coleção Instituto Jacques Maritain. São Paulo: LTR, 1998.

D'AMATO, Anthony. The concept of human rights in international law. **Columbia Law Review**. v. 82, 1982.

HOSSAIN, Kamrul. The concept of *jus cogens* and the obligation under the U. N. Charter. **Santa Clara Journal of International Law**. Santa Clara, Califórnia, Estados Unidos, v. 3, 2005.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5. Título original: General theory of Law and state.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**: introdução a problemática científica do direito. Tradução de José Cretella Junior. São Paulo: RT, 2003. Título Original: Reine Rechtslehre.

LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento, direitos humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

LAVALLE, Ana Cristina Ravaglio. **Direitos fundamentais do trabalhador**: estado, seguro-obrigatório e geral e a responsabilidade decorrente dos acidentes de trabalho. 2012. 259 fls. [Tese de Doutorado em Direito]. Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR, Curitiba – PR, 2012.

LEITE GARCIA, Marcos. O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi**, 2005, Fortaleza, CE. Disponível em <<http://www.org/manaus/arquivos/Anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

FREIRE, Phablo; SANTOS, Álef da Costa. “O papel do STF no Paradigma Pós-Positivista, Mutação Constitucional e o Julgamento do HC 126.292”. **Interfaces Científicas. Direito**. V. 5. N. 3. Aracaju. Jun. 2017. ISSN 2316-3321. DOI 10.17564/2316-381X.2017v5n3p31-50.

MENDONÇA, Rafael. **Crítica ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: Arriscar o impossível. 2006. 159 fls. [Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica] Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais – CEJURPS, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí - SC, 2006

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. T. 2 – Constituição e Inconstitucionalidade. 3. Ed. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editores, 1996.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NETTO, Luciana Cristina Pinto e. **O princípio da proibição do retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. 26 de Maio de 1969, Viena, Áustria. Entrada em vigor internacional: 27 de janeiro de 1980. Entrada em vigor no Brasil: 14 de dezembro de 2009.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. 26 de Junho de 1945, São Francisco, Estados Unidos. Entrada em vigor internacional: 20 de Outubro de 1945. Entrada em vigor no Brasil: 22 de Outubro de 1945.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

\_\_\_\_\_. Report of the ILC on the Work of its 18<sup>th</sup> Session. In: 2 Yearbook of the International Law Commission. n. 172.

\_\_\_\_\_. **ICJ Reports**. N. 325. P. 407, 1993.

ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory Norms in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de moral y Derecho. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. 1988. N. 28. P. 193-207. Editor: Universidad de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho. ISSN 0008-7750.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Conceptos y Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales. **Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**. V. 1. N. 1, 1993.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Derechos Fundamentales, Especificación y discapacidad. In: CERVERA, Campoy. **Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina**. Madrid: IDHBC-Dykinson, 2007.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Derechos fundamentales. **Revista Jurídica de Castilla-La Mancha**. N. 2. 1987. P. 7-34. ISSN: 0213-9995.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. Os direitos fundamentais e o princípio da legalidade: uma compatibilização possível. **Revista da AGU**. Publicação da Advocacia Geral da União. 2005. Disponível em: <[http://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano\\_V\\_dezembro\\_2005/marco\\_aurelio\\_direitos\\_Fundamentais.pdf](http://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_dezembro_2005/marco_aurelio_direitos_Fundamentais.pdf)>. Acesso em: 04 dez. 2007.

PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva. 2006.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROBLEDO, Antonio Gómez. **El ius cogens internacional: estudio histórico-crítico**. México: Universidad Autónoma de México, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. *Tratados de Direitos Humanos vistos como Norma Constitucional em função do Bloco de Constitucionalidade*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

SHAW, Malcolm. **International Law**. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Presentación de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. V. 4, 2006.

SOUZA SIGNORINI, Terezinha de Jesus de. **Fundamentação Material e Efetividade Constitucional do Direito à Saúde**: da exclusão à igualdade numa perspectiva superadora de seus hodiernos obstáculos. 2007. 136 fls. [Dissertação de Mestrado em Direito] Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR, Curitiba – PR, 2007.

TEIXEIRA, Anderson Vichinskeski. NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. “Mutação Constitucional como evolução normativa ou patologia constitucional?”. **Revista Estudos Institucionais**. V. 3, n. 1, 2017.

VALE DA SILVA, Ildete Regina. **A Fraternidade como um valor que o Direito pode e deve (re)construir**: uma abordagem à luz dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais. 2009. 152 fls. [Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica] Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais – CEJURPS, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí - SC, 2009.

VIEIRA, Luciane Klein; VEDOVATO, Luís Renato. “A rela o entre Direito Interno e Direito Internacional: Os impactos no cotidiano jurídico brasileiro sob a perspectiva da Amplia o do Bloco de Constitucionalidade”. In: PADILHA, Norma Sueli; GARCIA, Ricardo Alonso (Org.). **III Encontro de Internacionaliza o do CONPEDI**. V. 15. Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Ediciones Laborum, 2015

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

## **PRESENTE Y FUTURO DEL PROCESO CIVIL CHILENO: UNA REFORMA PENDIENTE**

Cristian Contreras Rojas<sup>218</sup>

### **SUMARIO**

1. Cuestiones generales. 2. Breve análisis de las reformas procesales del siglo XXI. 2.1. La reforma procesal penal. 2.2. La reforma procesal de familia. 2.3. La reforma procesal laboral. 3. Presente del proceso civil. 4. El arribo de la tramitación digital. 5. ¿Futuro? 6. Algunas conclusiones.

### **1. CUESTIONES GENERALES**

El ordenamiento procesal chileno ha sido objeto de profundas modificaciones en las últimas dos décadas. Tanto la doctrina como los diferentes operadores jurídicos estaban plenamente de acuerdo en que la modernización del sistema de administración de justicia patrio era algo impostergable, no solo porque aún presentaba las características propias de un modelo de origen medieval, sino también porque varios de sus elementos e instituciones no cumplían con las exigencias que venían impuestas desde el derecho internacional de los Derechos Humanos y las garantías del debido proceso<sup>219</sup>.

De ahí que las reformas hayan comenzado por uno de los puntos más críticos del sistema: la justicia penal. Esta era la expresión viviente del sistema inquisitivo, en donde el juez que debía conocer del asunto no solo estaba a cargo de investigar y acusar, sino también de juzgar<sup>220</sup>. Lo dicho constituía innegablemente una vulneración al derecho a ser juzgado por

---

<sup>218</sup> Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Talca (Chile). Doctor en Derecho por la Universitat de Barcelona, España. Correo electrónico: ccontreras@utalca.cl. El autor agradece la colaboración y apoyo prestado por Ximena Baeza Barrueto en la preparación de este trabajo.

<sup>219</sup> Chahuán (2012), p. 2.

<sup>220</sup> Horvitz y López (2008), p. 28.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

un juez imparcial<sup>221</sup> y a la presunción de inocencia<sup>222</sup>, cuestión que se quiso terminar de raíz con la instalación de nuevos tribunales y un procedimiento moderno, fundado sobre la oralidad y los principios que usualmente le acompañan (inmediación, publicidad, etc.), además de la creación del Ministerio Público, como órgano autónomo encargado de ejercer la acción penal pública, investigar los hechos constitutivos de delito y acusar a los responsables<sup>223</sup>.

Más tarde, en octubre de 2005, fue el turno de la justicia de familia, con la entrada en vigencia de la Ley N°19.968 y la creación de los Tribunales de Familia (TF), encargados de conocer tanto los conflictos surgidos en torno al vínculo familiar como asimismo aquellos que cuentan con la participación de niños, niñas o adolescentes (salvo en cuanto resultara competente el juez penal)<sup>224</sup>, a través de un procedimiento estructurado en audiencias (preparatoria y de juicio), por tanto, oral, concentrado, con un juez presente y dotado de amplios poderes oficiosos, todo ello acompañado del reconocimiento de un lugar central al principio del interés superior de niño<sup>225</sup> y la protección del cónyuge más débil<sup>226</sup>.

Al poco tiempo tuvo lugar la modernización de la justicia laboral, que en su esencia (obviamente con las modificaciones del caso) responde a la misma idea instalada en la reforma anterior, creándose los Juzgados de Letras del Trabajo y estableciéndose un procedimiento centrado en la oralidad y sus consecuencias<sup>227</sup>.

El proceso reformista hasta ahí marchaba bien, pues, salvo ciertas previsiones orgánicas y cuestiones puntuales de procedimiento que debieron ser ajustadas al poco tiempo de la entrada en vigencia de las modificaciones<sup>228</sup>, los objetivos de fondo perseguidos por el

---

<sup>221</sup>Cerda (2007), p. 32.

<sup>222</sup>Horvitz y López (2008), p. 78.

<sup>223</sup>Chahuán (2012), pp. 58 y ss.

<sup>224</sup>López (2007), p. 863.

<sup>225</sup>Ravetllat (2011), p. 54.

<sup>226</sup>Por todos, ver Lepin (2013), pp. 147-170.

<sup>227</sup>Walter y Lanata (2007), pp. 27 y ss.

<sup>228</sup>En este sentido, valga señalar a modo ejemplar, que con el correr de los años ha sido necesario aumentar la dotación de fiscales del Ministerio Público (Ley N°20.861) y la cantidad de Tribunales de Familia (Ley N°20.286) y de Letras del Trabajo (Ley N°20.876), como asimismo modificar algunas cuestiones procedimentales, como la norma de comparecencia en juicios de familia (Ley N° 20.286), el plazo de

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

nuevo diseño se iban cumpliendo en la práctica, gracias a tribunales especializados y procedimientos ágiles y concentrados, todo lo que redundaba en un mayor y mejor acceso a la justicia del ciudadano promedio. Por tanto, el paso siguiente era la reforma procesal civil, para la cual se contaba con toda la experiencia de las modificaciones previas, de modo que ya en 2004 se iniciaron los estudios para analizar las características que debía tener el nuevo modelo de enjuiciamiento civil, así como los principios formativos que deberían guiar la configuración de los nuevos procedimientos<sup>229</sup>. En todo caso, se partía de la base (y, en general, nadie aspiraba a lo contrario) que estos seguirían la tendencia marcada por las reformas anteriores, vale decir, un procedimiento fundado en la oralidad, intermediación, concentración y publicidad. No obstante, el proceso de reforma civil se ha enfrentado a más de una complicación, lo que ha llevado a su estancamiento desde hace más de tres años<sup>230</sup> y sin que hasta la fecha ni siquiera se tenga la aprobación legislativa completa del nuevo Código Procesal Civil, existiendo todavía un debate abierto en la doctrina nacional en cuanto al sistema recursivo por el que debe optarse y la forma en que se debería llevar a cabo la ejecución de la sentencia.

Por consiguiente, al momento que escribo estas líneas, hablar del proceso civil chileno sigue siendo un ejercicio consistente en hacer referencia a un modelo de enjuiciamiento inspirado en las ideas de la ciencia procesal propia de la sociedad de los albores del siglo XX, época en la que se debía hacer frente no solo a un número sustancialmente menor de conflictos jurídicos, sino que aquellos presentaban características muy diferentes a las actuales. De hecho, la normativa procesal aplicable a los litigios civiles se contiene en el Código de Procedimiento Civil (CPC), cuerpo normativo que entró en vigencia ¡hace 114 años! (precisamente el 1° de marzo de 1903) y que si bien ha sido objeto de varias reformas significativas -la última de ellas referida al establecimiento de un sistema

---

emplazamiento en el juicio monitorio laboral (Ley N°20.974) o la regulación de la acusación fiscal en materia penal (Ley N°20.931).

<sup>229</sup> Informe final del Foro para la Reforma Procesal Civil Chilena (2006), p. 2.

<sup>230</sup> En efecto, el sitio web del Senado indica que el último trámite realizado data del 20 de mayo de 2014 (Boletín 8197-07). [<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>] Visitado el 22.10.2017.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

de tramitación electrónica de los juicios<sup>231</sup>- no puede negarse que los principios vigentes al momento de su entrada en vigor siguen estando presentes.

Esto básicamente quiere decir que aún en el ordenamiento procesal chileno se entiende que el pleito civil es un asunto que interesa exclusivamente a los litigantes, o sea, es “cosa de las partes”<sup>232</sup>. Esto es, qué duda cabe, resultado de los principios que gobiernan el derecho sustantivo civil y de la condición de igualdad en que supuestamente se sitúan quienes son regulados por él. De este modo, se ha encomendado al juez el desempeño de un rol pasivo -que en la práctica ha acentuado, llegando a ser un interviniente verdaderamente inerte-, un espectador privilegiado de una disputa de la que no participa sino hasta que llega el momento de pronunciar la sentencia<sup>233</sup>. Además, de ello, se trata de una tramitación en que las partes se comunican con el tribunal de forma escrita, teniendo amplias posibilidades de formular cuestiones incidentales así como de interponer recursos en contra de las decisiones del tribunal, lo que genera tiempos de tramitación demasiado extensos para los diversos procesos, por lo que la sentencia muchas veces termina siendo ineficaz<sup>234</sup>.

Además, la práctica forense ha generado y/o admitido la existencia de ciertos vicios procedimentales, entre los que se encuentra, salvo honrosas excepciones, la ausencia del juez durante toda la sustanciación del pleito, incluso respecto de aquellos actos en los que su presencia es esencial para los fines previstos, tal como ocurre con la audiencia de conciliación o la práctica de las pruebas de declaraciones personales, que son llevadas a cabo ante un

---

<sup>231</sup> A partir de la entrada en vigencia de la Ley N°20.886, cuestión a la que se hará referencia en el apartado IV de este trabajo.

<sup>232</sup> Carocca (2003), p. 25.

<sup>233</sup> Contrariamente a lo que indica el texto de algunas normas contenidas en el CPC, que permiten concluir que en ciertas etapas del proceso el legislador ha tenido a bien entregarle el impulso procesal al sentenciador. Así ocurre, por ejemplo, con el art. 262 del CPC, relativo al llamado a conciliación, que dispone: “*una vez agotados los trámites de discusión y siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo 313, el juez llamará a las partes a conciliación*”. Lo propio puede sostenerse respecto a la citación a oír sentencia que procede una vez realizadas las diligencias probatorias (art. 432 CPC). De hecho, sobre este último aspecto, la Corte Suprema ha sostenido recientemente que la citación a oír sentencia “*no es una cuestión dejada a la determinación, según el estudio, criterio o prudencia del juzgador, sino que tiene el deber de proceder de ese modo. En ese contexto, cesa la actividad de las partes destinada a impulsar el avance el proceso, radicándose exclusivamente en el juez (...)*”. Sentencia Corte Suprema, de 2 de febrero de 2017, Causa Rol N°28.642-2016, considerando octavo.

<sup>234</sup> Los estudios demostraron que en el año 2011, los juicios terminados en Santiago mediante sentencia definitiva duraban, en promedio, 821 días. CEJA (2011), p. 22. Algo que contrasta claramente con la actual duración de los juicios laborales (69 días). Corte Suprema (2017), p. 33.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

funcionario del tribunal o un receptor judicial<sup>235</sup>, quienes se limitan a levantar un acta de la diligencia recogiendo el contenido de lo relatado por el testigo o la parte.

## 2. BREVE ANÁLISIS DE LAS REFORMAS PROCESALES DEL SIGLO XXI

La instalación de las grandes reformas a los sistemas procesales chilenos llegó junto con el arribo del nuevo milenio. En efecto, la nueva justicia penal comenzó a operar gradualmente, iniciando en las Regiones de Coquimbo y de la Araucanía a fines del 2000, para completar todo el territorio nacional en el 2005. Este mismo año se llevó a cabo la puesta en marcha de la reforma procesal de familia, esta vez de forma simultánea en todo Chile, para terminar con la instalación de la reforma a la justicia del trabajo entre los años 2008 y 2009. Como se aprecia, tres de las cuatro principales sedes procesales habían sido completamente modificadas en una sola década, actualización que incluyó una serie de elementos tanto a nivel procedimental como orgánico.

Debe mencionarse que todas las reformas en vigor han tenido ciertos lineamientos transversales comunes, que responden de una u otra forma a la urgencia por superar las deficiencias detectadas para el modelo de enjuiciamiento vigente durante todo el siglo anterior. De esta manera, se ha puesto mucha atención en mejorar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos, particularmente de aquellos que provienen de los sectores más vulnerables; dejar atrás el modelo de procedimiento centrado en actuaciones escritas (debido a todas las deficiencias que se le atribuyen: dilación, desconcentración, intermediación, etc.); optar decididamente por un sistema oral de enjuiciamiento, dadas las virtudes y ventajas que acarrea *per se*<sup>236</sup>; y promover la incorporación de mecanismos alternativos de solución de controversias al ordenamiento procesal chileno, en sus diversas modalidades y áreas.

De esta forma, los actuales procedimientos penales, familiares y laborales se han estructurado a partir de principios formativos específicos, lo que les ha otorgado, en general, un sentido de coherencia a los diversos ámbitos procesales.

---

<sup>235</sup> Auxiliar de la administración de justicia, externo a los tribunales, que tiene el carácter de ministro de fe y se le ha encargado la realización de ciertas diligencias dentro de los procesos judiciales. Se regula por los arts. 390 a 393 del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>236</sup> Aun cuando no todos están de acuerdo en este aserto. Ver: Nieva (2007), p. 105.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Así, la oralidad ha pasado a ocupar un lugar capital en la estructura procedimental. De hecho, todos los procedimientos declarativos contemplan la realización de una o más audiencias ante el juez de la causa, de modo que en esas instancias se lleva a cabo una depuración del debate, la totalidad de la etapa probatoria y el pronunciamiento de la sentencia<sup>237</sup>. Esto, en todo caso, no impide la existencia de actos procesales escritos, tal como ocurre con la presentación de la querrela o demanda, la contestación de la misma y la interposición de la mayoría de los recursos<sup>238</sup>.

De la mano de oralidad han llegado también los principios de inmediación, publicidad y concentración. De manera que se ha querido garantizar -bajo sanción de nulidad- la presencia del juez durante el desarrollo de todas las audiencias, a fin de que este tenga un contacto directo con las partes y las pruebas<sup>239</sup>. Al mismo tiempo, se ha pretendido acotar los tiempos de tramitación de los juicios, a través de la reunión de varias actuaciones en un solo acto o audiencia, la limitación de la formulación de incidentes y la reducción de ciertos recursos, todo ello unido al aumento de la publicidad de los procesos, permitiendo que los terceros ajenos al mismo puedan conocer su contenido, a través del libre acceso tanto a las salas de audiencias como a los expedientes a través del sitio web del Poder Judicial<sup>240</sup>.

Otra nota común característica para los nuevos procedimientos ha sido la apuesta por dejar atrás el sistema de prueba legal o tasada, siendo reemplazado en el modelo de valoración probatoria conforme con la *sana crítica*<sup>241</sup>, vale decir, se ha dado plena libertad al juez para elegir los parámetros de control del mérito de las evidencias, con las limitaciones de respetar la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente avanzados y, al mismo tiempo, de motivar sus decisiones.

---

<sup>237</sup> Ver, a modo ejemplar, los arts. 453 y 454 del Código del Trabajo.

<sup>238</sup> Por ejemplo, art. 113 del Código Procesal Civil y 58 Ley de Tribunales de Familia N°19.968.

<sup>239</sup> Contreras y Palomo (2017), p. 58.

<sup>240</sup> En todo caso, debe aclararse que se ha establecido varias limitaciones a la publicidad. De hecho, el contenido de los expedientes penales y familiares no están disponibles para el acceso de terceros ajenos al proceso, a diferencia de lo que sucede en materia civil y laboral.

<sup>241</sup> De acuerdo con los postulados de este sistema, será el juez el que deberá realizar el ejercicio de valoración probatoria en cada caso concreto, mediante una ponderación acuciosa, imparcial y racional de las evidencias, de acuerdo a su experiencia y a los postulados de la lógica y la ciencia, explicitando las motivaciones de su decisión, de modo que ella pueda ser entendida y compartida por cualquier persona. Contreras (2011), p. 271.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Finalmente, y esta vez a nivel orgánico, el legislador procesal separó la función jurisdiccional de la administrativa a través de la incorporación, en cada uno de los nuevos tribunales, de un administrador a cargo de una serie de unidades mediante las cuales operan estos órganos jurisdiccionales (unidad de sala, atención de público, administración de causas, etc.). De esta forma, a diferencia de lo que hasta hoy ocurre en los tribunales civiles, el juez solo se encarga de administrar justicia.

## **2.1. La reforma procesal penal**

Como se ha indicado, el primer movimiento reformista se produjo en el proceso penal. Producto de todo el trabajo realizado, el 12 de octubre de 2000 se publicó la Ley N°19.696 que estableció el Código Procesal Penal, cuerpo legal que ocupó el lugar del antiguo Código de Procedimiento Penal que databa de 1906.

Las características del modelo de enjuiciamiento criminal vigente en el siglo XX, justificaban a todas luces la necesidad de su reemplazo, particularmente porque no respetaba las mínimas garantías de protección a los derechos fundamentales de los intervinientes<sup>242</sup>. En esta perspectiva, esta modificación vino a sustituir un procedimiento inquisitivo, en que el juez concentraba las funciones de investigar, acusar y juzgar, por un modelo de juicio acusatorio, oral y público. Ello requería la creación de nuevos órganos, a los que se les confiara la misión de investigar y juzgar, por una parte; y por otra, la de sentenciar. De este modo, surgió el Ministerio Público, órgano autónomo encargado de la investigación de los hechos constitutivos de delito, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de víctimas y testigos (art. 83 Constitución Política). Como contrapartida, fue necesario establecer la Defensoría Penal Pública que, como su nombre lo indica, está llamada a prestar defensa jurídica a las personas que son imputadas o acusadas por la comisión de algún delito.

Además de lo anterior, se crearon dos nuevos tribunales: el Juzgado de Garantía (JG) y el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (TJPO). Ante el primero se llevan todas las

---

<sup>242</sup>Hermosilla (2006), p. 9.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

actuaciones relacionadas con la investigación, acusación y preparación del juicio oral, reservándose la realización de este último ante el TJOP.

Siendo ambos de primera instancia, el JG se caracteriza por ser un tribunal de funcionamiento unipersonal, mientras el TJOP es colegiado, integrado por tres jueces llamados a dictar la sentencia definitiva en los procesos que lleguen a dicha instancia. En este sentido, debe aclararse que el sistema también contempla la existencia de una serie de salidas alternativas, que evitan la sustanciación de los procesos y el pronunciamiento de la sentencia, tal como ocurre con el archivo provisional de la causa<sup>243</sup>, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios<sup>244</sup>.

Por último, cabe mencionar que a raíz de la vigencia del principio de inmediación y del pronunciamiento de la sentencia definitiva por parte de un tribunal colegiado, se decidió limitar las posibilidades de impugnar esta decisión, de manera que contra ella solo procede el recurso de nulidad, el que, dependiendo del motivo en que se funde, puede ser conocido por la Corte de Apelaciones respectiva o por la Corte Suprema<sup>245</sup>.

## **2.2. La reforma procesal de familia**

Previo al establecimiento de la nueva justicia de familia, en Chile no existía una judicatura especializada en temas familiares, sino que el conocimiento y la resolución de estos asuntos estaba distribuido entre los Juzgados de Letras en lo Civil y a los Juzgados de Menores. Esto generaba un tratamiento disperso del contencioso familiar, pues también existía una multiplicidad de procedimientos judiciales dependiendo de cuál era la materia y el tribunal específico llamado a conocerla<sup>246</sup>.

Además, la ritualidad procesal que debía seguirse en estos asuntos se articulaba sobre la lógica del juicio civil, de modo que existían procedimientos adversariales, donde no se

---

<sup>243</sup> Vitar (2011), p. 110.

<sup>244</sup> Duce (2000), pp. 139 y ss.

<sup>245</sup> Cerda (2007), p. 416.

<sup>246</sup> Baeza y Pérez (2008), p. 4.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

promovían las soluciones colaborativas entre las partes y el juez no intervenía en él sino hasta la sentencia, pues todo se tramitaba de forma escrita<sup>247</sup>.

De esta manera, en 1997 se presentó un proyecto de ley para la creación de los TF y el establecimiento de nuevos procedimientos para la sustanciación de estos asuntos, basados en la oralidad y sus principios-consecuencia<sup>248</sup>. Después de una tramitación para nada breve, esta nueva institucionalidad familiar finalmente entró en funciones el 1 de octubre de 2005.

Actualmente la justicia de familia se caracteriza por la concentración de estos asuntos antes los TF; la creación de un Consejo Técnico que forma parte de estos órganos y que asiste al juez en la resolución; el impulso de soluciones colaborativas, especialmente a través de la mediación familiar (trámite que se ha establecido como obligatorio y previo al inicio del proceso judicial referente a ciertas materias<sup>249</sup>); y el reconocimiento expreso del interés superior del niño, niña y adolescente, y su derecho a ser oído, como principios rectores a considerar en la resolución del asunto.

Como notas características del órgano jurisdiccional es dable indicar que el TF es un tribunal unipersonal, cuyas resoluciones pueden ser recurridas ante la Corte de Apelaciones respectiva, y se encuentra dotado de las atribuciones para adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevar al proceso a su terminación con la mayor celeridad, lo que va acompañado de una amplia iniciativa probatoria. El procedimiento ordinario se inicia por demanda escrita, a lo que sigue la contestación (también escrita). Luego se desarrollan las audiencias preparatoria y de juicio, para terminar con el pronunciamiento de la sentencia definitiva, la que puede ser impugnada mediante los recursos de apelación y casación. Junto a ello se han previsto algunos procedimientos especiales, tal como ocurre con las medidas de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y la violencia intrafamiliar.

### **2.3. La reforma procesal laboral**

---

<sup>247</sup> Núñez y Cortés (2012), p. 5.

<sup>248</sup> Bordialí et al (2014), p. 66.

<sup>249</sup> Vargas (2008), pp. 183 y ss.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Los trabajos para proceder a la reforma de la judicatura laboral comenzaron a mediados del año 2000 con la constitución del Foro para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional. Este buscó modernizar los juicios del trabajo, de modo de conseguir el acceso de todos los trabajadores a una justicia laboral eficiente y expedita; la plena vigencia y efectividad del derecho sustantivo; el cobro efectivo y oportuno de los créditos laborales; el pleno reconocimiento del carácter diferenciado de estos conflictos en relación con los asuntos civiles; y el diseño y establecimiento de un modelo de tutela de los derechos fundamentales en el contexto de las relaciones laborales<sup>250</sup>.

Todo lo anterior redundó en una nueva estructura orgánica de la justicia del trabajo. En efecto, la reforma procesal laboral trajo consigo la creación de dos nuevos tribunales, a través de la Ley N°20.022, de 30 de mayo de 2005: el Juzgado de Letras del Trabajo (JLT) y el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional (aun cuando estos últimos están presentes solo en algunas ciudades). Se indicó que el funcionamiento de los JLT comenzaría el 1 de marzo de 2007, mientras que el de los Juzgados de Cobranza sería 9 meses después de la publicación de la ley, por lo que en definitiva se concretó el 1 de marzo de 2006. No obstante, diversas razones llevaron a que los JLT solo iniciaran sus operaciones gradualmente, a través de 5 etapas que comenzaron el 31 de marzo de 2008 para finalmente cubrir todo el territorio nacional el 30 de octubre de 2009.

Por su parte, las adecuaciones procedimentales llegaron con la Ley N°20.023 (que modificó las normas para la cobranza de las cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social) y, particularmente con la Ley N°20.087, de 3 de enero de 2006. Con esta se buscó agilizar la sustanciación y fallo de estos procedimientos, reduciendo los tiempos y evitando las dilaciones detectadas<sup>251</sup>. No obstante, las críticas no se hicieron esperar, pues se estimó que las normas aprobadas no se adecuaban al modelo de juicio oral<sup>252</sup>, de modo que dos días antes de su entrada en vigencia se introdujo una serie de modificaciones a la ritualidad (Ley N°20.260).

---

<sup>250</sup> Contreras y Palomo (2017), p. 54.

<sup>251</sup> Novoa y Ávalos (2008), p. 56.

<sup>252</sup> Flores (2005), p. 149.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Por otra parte, y a fin de asegurar la defensa jurídica gratuita, oportuna y especializada para los trabajadores, se creó la Oficina de Defensoría Laboral, esto como una manera de asegurar su acceso a la justicia y el ejercicio, garantía y respecto de sus derechos fundamentales procesales y sustantivos.

El juicio del trabajo consiste en un procedimiento que inicia por escrito, pero que en su parte medular se lleva a cabo en audiencias realizadas ante el juez laboral, como tribunal unipersonal, a quien se le han entregado amplias atribuciones oficiosas formales y materiales<sup>253</sup>. Junto al procedimiento general, el legislador acertó plenamente al establecer el procedimiento de tutela, destinado a poner término a las acciones que lesionen algunos derechos fundamentales del o los trabajadores y a disponer las reparaciones que sean oportunas<sup>254</sup>. Además, se creó el procedimiento monitorio, una especie de juicio sumario laboral para casos de baja cuantía y controversias vinculadas con el fuero maternal, diseñado en torno a una audiencia única de conciliación, contestación y prueba.

Por último, en el aspecto recursivo, la sentencia definitiva en los juicios del trabajo solo puede impugnarse mediante el recurso de nulidad, que es conocido por la Corte de Apelaciones respectiva. A su turno, el fallo que esta pronuncie podrá atacarse a través del recurso de unificación de jurisprudencia que es resuelto por la Corte Suprema, pero que procede únicamente cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existan distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia.

### **3. PRESENTE DEL PROCESO CIVIL**

Teniendo como telón de fondo las condiciones actuales en que se desarrollan los juicios penales, laborales y de familia -explicadas sucintamente en el apartado anterior-, la realidad de la justicia civil chilena es bastante desalentadora. Como se ha indicado, las reglas procedimentales datan en su mayoría de inicios del siglo XX, aunque, hay que decirlo, su origen es aún más antiguo, pues el CPC sigue la ruta que en su momento trazaron las leyes de

---

<sup>253</sup> Lo que ha merecido más de una crítica de parte de la doctrina nacional, pues se sostiene que muchas veces el ejercicio de estas facultades les lleva a poner en tela de juicio su imparcialidad. Palavecino (2009), p. 84.

<sup>254</sup> Ugarte (2009), pp. 215 y ss.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

enjuiciamiento civil españolas de 1855 y 1881<sup>255</sup>. Por tanto, las normas procesales civiles vigentes en Chile corresponden a una concepción del proceso y de las controversias sociales muy diferente a la actual, lo que por sí solo es suficiente motivo para proceder rápidamente a su reforma.

Otro tanto puede sostenerse de la estructura orgánica en materia procesal civil. En esta perspectiva, los tribunales que deben conocer y resolver los conflictos civiles son los Juzgados de Letras en lo Civil (JLC). Estos son los tribunales de primera instancia por antonomasia y, salvo contadas excepciones, se integran por un juez, que resuelve unipersonalmente todos los asuntos que se asignan a este órgano. Estos juzgados se encuentran repartidos por todo el territorio de la República, teniendo disímiles competencias en cuanto a extensión territorial o cantidad de población que deben atender. Empero, cualquier sea el JLC chileno, tendrá competencia en controversias civiles y comerciales, como asimismo en asuntos no contenciosos o voluntarios (como la solicitud de cambio de nombre).

Ahora bien, el problema es que estos tribunales presentan al menos tres aspectos que merecen atención:

- a) Así como ocurre con las reglas del procedimiento civil (que es supletorio para todos los órdenes procesales), el tribunal civil está llamado a ser el órgano jurisdiccional que debe resolver todos los conflictos jurídicos en aquellas zonas del territorio que no cuentan con un tribunal especializado en materia penal, laboral o de familia<sup>256</sup>. Por tanto, estos tribunales que en principio deberían tener una dedicación exclusiva a los temas civiles, terminan siendo órganos con competencia común, lo que les resta tiempo, recursos y energías para la resolución de conflictos civiles.
- b) Actualmente, los JLC son los únicos tribunales de primera instancia en donde las funciones administrativa y jurisdiccional siguen estando a cargo del juez. Esto quiere decir que este no solo deben conocer y resolver los asuntos, sino también

---

<sup>255</sup> Núñez (2008), p. 29.

<sup>256</sup> Sobre este aspecto es menester señalar que por razones presupuestarias, operacionales o administrativas, los tribunales creados a partir de las reformas procesales vigentes no cubren todo el territorio nacional, de modo que algunos Juzgados de Letras en lo Civil también deban hacerse cargo de los asuntos penales, familiares o laborales. De ahí que reciban el nombre de Juzgados de Competencia Común.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

ocuparse de la gestión administrativa del órgano, en lo que respecta, por ejemplo, al funcionamiento del tribunal, la atención de público, los suministros computacionales y la calificación del personal. Dicho sea de paso, en el resto de los tribunales de primera instancia se ha separado la función jurisdiccional de la administrativa, quedándose el o los jueces solo con la primera, y entregándole la segunda a un administrador, quien no es abogado, sino un profesional con conocimientos y habilidades específicas.

- c) Los JLC también están a cargo del proceso de ejecución (sea de sentencias ejecutoriadas, sea de títulos de crédito o los demás títulos ejecutivos que establece la ley). Más allá de las características de estos procedimientos, su extensión y resultados, es claro que estas causas representan una enorme carga de trabajo para los tribunales civiles, que deben destinar gran parte de sus recursos y personal para llevar a cabo la cobranza judicial de créditos adeudados a entidades bancarias y comerciales. De hecho, del total de ingresos civiles correspondientes al año 2016, los procesos vinculados con la ejecución representaron más del 85% de los casos<sup>257</sup>.

Por otra parte, en lo estrictamente procedimental, existe una multiplicidad de procedimientos civiles, contenidos tanto en el CPC como en leyes especiales, sin perjuicio de lo cual, la ritualidad que permite graficar de mejor forma al proceso civil vigente en Chile es la que corresponde al Juicio Ordinario de Mayor Cuantía (JOMC).

Este procedimiento se encuentra regulado por los arts. 253 a 433 del CPC y básicamente se ha caracterizado como un juicio escrito, mediado, disperso, lento, formalista, donde prima el principio de pasividad y aportación de parte, basado en un sistema de prueba legal o tasada y que contempla amplias posibilidades para que los litigantes puedan recurrir las decisiones jurisdiccionales. Es decir, el sistema de enjuiciamiento civil comprende un contenido no solo totalmente opuesto al que hoy evidencian los órdenes procesales reformados, sino que cumple a cabalidad con todo el listado de razones que se tuvieron a la vista precisamente para realizar las transformaciones.

---

<sup>257</sup> INE (2017), p. 28.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

La reglamentación del JOMC señala que este puede comenzar por demanda o medida prejudicial, pero lo usual, sin lugar a dudas, es que su inicio se lleve a cabo mediante la presentación de la demanda. Esta debe interponerse por escrito y cumplir con los requisitos establecidos por el art. 254 CPC, vale decir: designación del tribunal, individualización de ambas partes, consideraciones de hecho y fundamentos jurídicos, y las peticiones que se someten al fallo del tribunal. Lo anterior debe ser complementado por la designación de un abogado patrocinante y de un mandatario judicial, roles que pueden recaer conjuntamente en el mismo abogado habilitado para el ejercicio de la profesión (tal como lo prevé la Ley N°18.120 sobre comparecencia en juicio).

En principio, esta demanda debe ser notificada personalmente al demandado por intermedio de un ministro de fe, ya sea por el Secretario del Tribunal (cuando la comunicación se haga en las dependencias del tribunal) o por un receptor judicial. Una vez emplazado en el juicio, el demandado tendrá al menos el plazo de 15 días hábiles para oponer excepciones dilatorias o contestar la demanda (a la que puede sumar una demanda reconventional cuando ella se procedente). El mencionado plazo puede ampliarse cuando la notificación se lleve a cabo un territorio jurisdiccional diferente a aquel en que tiene su sede el tribunal de la causa.

Si se oponen excepciones dilatorias, el tribunal deberá tramitarlas y fallarlas antes de proseguir con el juicio, pues ellas buscan corregir los vicios de procedimiento que impiden el nacimiento de una relación procesal válida. De este modo, podrán tratarse, entre otras, de cuestiones de competencia del órgano jurisdiccional, de capacidad procesal de las partes o de errores en el escrito de demanda.

Cuando sea posible corregir los defectos alegados y así se haya hecho, se reanudará el procedimiento, ahora sí con la contestación de la demanda. Evacuado este trámite se dará paso a dos actuaciones que solo sobreviven en este específico procedimiento: la réplica y la dúplica. Básicamente ellas consisten en que las partes (primero el actor y luego el demandado) dispondrán de 6 días para ampliar, adicionar o modificar las acciones o defensas que hayan hecho valer previamente, pero sin que sea posible alterar las que sean objeto principal del pleito<sup>258</sup>.

---

<sup>258</sup>Rodríguez (2009), p. 81.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Una vez que el demandado ha presentado su escrito de dúplica se pone término a la fase de discusión, correspondiendo, por tanto, que el juez obligatoriamente cite a un comparendo de conciliación<sup>259</sup>. En ella el sentenciador debe proponer bases de arreglo, sin que por ello se vea inhabilitado para seguir conociendo de la causa. Por tanto, el objetivo de esta diligencia es que las partes puedan suscribir un acuerdo que sirva para poner término inmediato al juicio, evitando el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Empero, la conciliación tiene un escasísimo impacto en los juicios civiles<sup>260</sup>, debido, entre otras razones, a que salvo honrosas excepciones el juez no interviene personalmente en la realización del comparendo, sino que lo hace por intermedio de un funcionario del tribunal<sup>261</sup>.

Así las cosas, lo normal será que las partes no arriben a un acuerdo, por lo que será necesario pasar a la etapa probatoria. Ella se inicia con la dictación del *auto de prueba*, que es una resolución en la que el juez fija los hechos que deberán ser probados por las partes. En contra del auto de prueba procede recurso de reposición (conocido y resuelto por el mismo juez que pronunció la resolución) y, en subsidio, recurso de apelación, de modo que si el juez mantiene su decisión inicial, este aspecto del juicio será remitido a la Corte de Apelaciones respectiva para su revisión y posible enmienda. En todo caso, debe aclararse que el examen que debe realizar el tribunal de alzada no suspende la tramitación del procedimiento ante el juez de letras.

Una vez que las partes han sido notificadas del auto de prueba se inicia el término probatorio, que usualmente durará 20 días y en el deberán presentar, o al menos solicitar, la mayoría de sus pruebas. El juez carece, en este momento, de la posibilidad de ordenar prueba de oficio.

Ahora bien, en cuanto a los medios de prueba, la regulación prevé un listado taxativo, de modo que los litigantes solo podrán valerse de instrumentos, testigos, confesión de la contraparte, peritajes y de la inspección personal del tribunal. Respecto de cada uno de ellos, el CPC ha regulado detalladamente la forma en que deben ser incorporados al juicio

---

<sup>259</sup> A menos que el demandado acepte llanamente las peticiones del actor; en sus escritos no contradiga en materia substancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio; o las partes pidan que se falle el pleito sin más trámite. En esos escenarios el tribunal mandará citar a las partes para oír sentencia definitiva, omitiendo el llamado a conciliación y la etapa probatoria (art. 313 CPC).

<sup>260</sup> En todo el año 2016, solo 1477 causas terminaron por un acuerdo de conciliación. INE (2017), p. 20.

<sup>261</sup> Rodríguez (2013), p. 12.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

como también el valor que el juez debe asignarles, algo que queda claramente evidenciado al analizar la reglamentación de la prueba testimonial. En efecto, la ley contempla la institución de las tachas, causales que impiden que ciertas personas declaren como testigos o le restan valor a lo que ellas expongan, como asimismo se encarga de indicar al juez qué debe hacer, por ejemplo, cuando ambas partes han presentado igual cantidad de testigos o ellos son de la misma calidad (art. 384 CPC).

Vencido el término probatorio las partes podrán formular observaciones a la prueba rendida, después de lo cual el juez debe citarlas a oír sentencia<sup>262</sup>. Desde ese momento, el tribunal dispone de 60 días para emitir la sentencia definitiva, pudiendo, en dicho período, decretar medidas para mejor resolver, vale decir, diligencias probatorias ordenadas a iniciativa del juez para aclarar o acreditar alguno de los hechos que configuran el conflicto<sup>263</sup>.

Más allá de los detalles procedimentales que se han explicado brevemente, la sustanciación íntegra de un proceso ordinario civil exige una gran cantidad de tiempo y no se ajusta a las exigencias del moderno derecho procesal, entre otras razones porque:

- Llevando al extremo el principio dispositivo, el juez civil no realiza ninguna gestión para darle curso progresivo a los autos sin que exista una solicitud previa de la parte interesada, de modo que usualmente queda al arbitrio del actor el tránsito a través de las distintas etapas del proceso<sup>264</sup>.

- Existe una amplia posibilidad de formular incidentes durante todo el procedimiento, tales como la alegación de la nulidad procesal, la objeción de documentos, la tacha de los testigos, entorpecimientos, implicancias, etc.

- Todas las resoluciones dictadas por el juez pueden ser recurridas, incluso varias de ellas ante la Corte de Apelaciones respectiva, lo que de una u otra forma retrasa el procedimiento y genera mayores gastos.

- El juez de la causa no está presente en las diferentes diligencias del juicio, de modo que solo se informa de las alegaciones de las partes y del contenido de las pruebas al

---

<sup>262</sup>Debe precisarse que esta es solo una expresión forense, pues en la práctica nadie es citado ni hay una comunicación oral de la decisión. Muy por el contrario, la sentencia definitiva se emite por escrito y debe ser notificada a las partes al domicilio que hayan señalado en sus escritos iniciales.

<sup>263</sup>Rodríguez (2009), p. 268.

<sup>264</sup>Romero (2015), p. 40.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

momento de dictar la sentencia, tal como ocurre con el comparendo de conciliación o la audiencia de declaración de testigos, oportunidad en la que un receptor judicial registra el contenido de sus relatos en un acta escrita que luego es leída por el juez.

- A todo lo anterior se agrega que el sistema recursivo permite que la revisión de todas las sentencias definitivas pueda ser llevada a cabo incluso por la Corte Suprema, a través del recurso de casación en la forma o en el fondo, de modo que sin serlo, en la práctica este tribunal se ha transformado en una *tercera instancia*.

#### **4. EL ARRIBO DE LA TRAMITACIÓN DIGITAL**

Este repaso de las características actuales del sistema de enjuiciamiento civil chileno no estaría completo sin una referencia a la Ley N°20.886, de 18 de diciembre de 2015, que estableció la tramitación digital de los procedimientos judiciales. Si bien es cierto, la comunicación digital entre los litigantes y los tribunales reformados operaba desde la puesta en marcha de cada uno de ellos -principalmente en lo relativo a la presentación de escritos y la notificación de resoluciones-, esto se realizaba vía correo electrónico, sin que existiera una plataforma digital específica para estos efectos.

De la historia del establecimiento de esta ley<sup>265</sup> se puede constatar que ella se proyectó como una antesala a la anunciada reforma al sistema procesal civil -aunque por ahora es solo un mal sustituto de la gran transformación-, por medio de la cual se pretendió agilizar los procesos, abaratar los costos de litigación y generar una mayor cercanía y confianza de los ciudadanos hacia el antiguo sistema de justicia civil.

La ley de tramitación digital introdujo el concepto de expediente electrónico, lo que colabora con la publicidad de los procesos, mejora el acceso de todos interesados a su contenido y descongestiona los tribunales, tanto en lo que se refiere a la asistencia de usuarios requiriendo información sobre sus procesos, como a la gran cantidad de papel que se necesitaba para la formación y mantención del expediente físico. En la misma línea, no eran menores los desembolsos que implicaba la compra de papel para el Poder Judicial, de modo que con la migración al formato digital se reducen los costos y de paso se contribuye con el

---

<sup>265</sup>Disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/4681/#h1\\_1\\_1](https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/4681/#h1_1_1)

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

medio ambiente. También las partes se vieron beneficiadas con la disminución de los costos, pues ellas debían solventar los gastos necesarios para obtener copias del expediente cada vez que este era remitido ante el tribunal superior que debía conocer y fallar algún recurso, pues ahora la comunicación entre tribunales se hace digitalmente y todas las piezas del expediente se encuentran *online*, por lo que son de fácil consulta.

Por otra parte, el expediente físico tenía el gran problema de su pérdida, deterioro o destrucción, situación en la que solo se podía proseguir con la tramitación si se contaba con copias de las actuaciones. Dichos riesgos no están presentes respecto del formato digital, pues difícilmente este podrá ser alterado o destruido por terceros.

Ahora, entre las características del sistema digital implementado se cuentan:

- Permite que un abogado en cualquier parte del mundo ingrese una demanda o un escrito de manera electrónica, en todos los tribunales del país vinculados al sistema.

- Su puesta en marcha tuvo un costo de 4 mil millones de pesos chilenos (monto que supera los 19 millones de reales).

- Funciona con firma electrónica y el acceso a la plataforma se realiza mediante una clave única que entrega el Servicio de Registro Civil e Identificación.

- Se termina el expediente en papel y se establece el expediente digital o “carpeta electrónica”.

- Las resoluciones judiciales son suscritas por los jueces mediante firma electrónica avanzada

- Se incorpora definitivamente la notificación electrónica (vía e-mail) al proceso civil.

- Se dispone que el receptor judicial, luego de realizar algunas diligencias -como ciertas notificaciones o el embargo de bienes en los procesos ejecutivos- debe dejar un registro georreferenciado en el expediente, mediante una aplicación que debe descargar en su teléfono celular.

## 5. ¿FUTURO?

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Como se indicó, los trabajos para actualizar la justicia civil datan de 2004, año desde el cual se logró concretar un anteproyecto de reforma (presentado en diciembre de 2006) y dos proyectos de ley destinados a establecer un nuevo Código Procesal Civil. El primero de ellos fue ingresado a la Cámara de Diputados en junio de 2009 para ser retirado por el Ejecutivo el 12 de marzo de 2012. Al día siguiente, se ingresó el segundo de los proyectos, el que hasta el día de hoy “duerme” en el Senado luego de ser aprobado solo parcialmente por la Cámara de Diputados.

Sea como fuere, teniendo muy presente todas las consideraciones, motivos y finalidades que se persiguieron con las tres reformas procesales ya realizadas, el nuevo sistema procesal civil pretende: a) actualizar la ritualidad civil, estableciendo un Código que se ajuste a la realidad jurídica, política y económica del siglo XXI, en donde ha primado una publicización de los procesos judiciales y aumento del control social sobre el ejercicio del poder jurisdiccional; b) acelerar la tramitación de los procesos civiles y comerciales, sin que ello signifique una afectación de los derechos procesales de los litigantes; c) establecer medidas procesales y administrativas para hacer frente a la gran cantidad de causas que ingresan cada año al sistema<sup>266</sup>; d) unificar los procedimientos y asegurar la vigencia de los principio de oralidad, intermediación, concentración y publicidad<sup>267</sup>, además de optar decididamente por la sana crítica como sistema de valoración probatoria y por limitar las posibilidades de recurrir las resoluciones; y e) evitar la delegación de las funciones propias del juez, quien actualmente confía algunas actuaciones a funcionarios del tribunal o bien a auxiliares de la administración de justicia, con las negativas consecuencias para la calidad de las decisiones.

Todo lo anterior se plasma en el proyecto que aún se encuentra en tramitación<sup>268</sup>. De hecho, el nuevo procedimiento se articula a partir de la realización de audiencias orales, lo que le otorga una nueva fisonomía a los juicios civiles. Junto a ello, dentro de las bases esenciales también se rescata la dirección y el impulso procesal que se entrega al tribunal<sup>269</sup> y

---

<sup>266</sup>De hecho, solo el año 2016 se ingresaron 2.220.401 causas civiles a nivel nacional, con lo que se superaron los 16.800.000 procesos en el período 2006-2016.

<sup>267</sup>Núñez (2008), p. 38.

<sup>268</sup>Disponible en: [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=8596&prmBoletin=8197-07](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8596&prmBoletin=8197-07)

<sup>269</sup>De la Fuente (2010), p. 229.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

la buena fe que se exige a las partes y demás intervinientes. Por otra parte, se limitan y concentran las posibilidades de formular incidentes, se regulan de mejor forma las medidas precautorias y se avanza en la cautela innovativa, a la vez que se perfecciona la normativa respecto a la ejecución de la sentencia.

A su turno, el proyecto hace referencia a un juicio ordinario que comenzará por demanda en la que el actor deberá ofrecer toda la prueba de que piense valerse y a la que deberá acompañar todos los documentos de que disponga. Una vez haya sido emplazado, el demandado tendrá 30 días para contestar la demanda, luego de lo cual se realizará la audiencia preliminar. Esta tendrá por objetivo sanear el proceso, llamar a las partes a conciliación y realizar algunas actuaciones probatorias, como el recibimiento de la causa a prueba y el ofrecimiento de la prueba por las partes. Además, el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. Finalmente, la audiencia de juicio tendrá por objetivo la práctica de la prueba, la que deberá valorarse conforma a la sana crítica. La sentencia definitiva deberá dictarse dentro de los 10 días siguientes al término de esta última audiencia, pudiendo impugnarse esta resolución a través del recurso de apelación.

Con todo, quedan pendientes aún varios aspectos que no han sido abordados por los proyectos de ley o no han reunido el suficiente consenso para avanzar en su aprobación, todo lo cual ha demorado en demasía la entrada en vigencia del nuevo sistema. En concretos, los temas aún abiertos son:

a) Estructura orgánica. Los proyectos de ley presentados y tramitados solo se han hecho cargo de los aspectos procedimentales de la nueva justicia civil, sin que todavía se haya formalizado la opción del legislador respecto a la estructura del (¿nuevo?) órgano que asumirá el conocimiento de estos asuntos. En este sentido, si se tiene como punto de referencia las reformas ya instaladas, la mayoría de los órganos jurisdiccionales creados han tenido la forma de tribunales unipersonales, salvo el TJOP, lo que sumado a que actualmente los juicios civiles se conocen y resuelven por un solo juez, podría llevar a pensar que la opción elegida será la de un tribunal civil unipersonal. No obstante, esta es una decisión que va íntimamente vinculada al modelo de recursos elegido, ya que el legislador fundamentó la supresión del

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

recurso de apelación penal precisamente en que el tribunal que dicta la sentencia es colegiado, lo que disminuiría las posibilidades de error en el juicio jurisdiccional.

Además, no puede olvidarse que la decisión sobre el componente orgánico de la reforma está íntimamente ligada a los egresos que ello significará para el erario nacional, de modo que la tarea está en encontrar el punto de equilibrio entre las mejores condiciones para el acierto y justicia de las decisiones y los gastos que demandará la operación del sistema.

b) Definir el sistema de ejecución. Los datos disponibles permiten establecer que, dado el volumen de causas de este tipo que ingresan anualmente, la ejecución constituye una enorme carga de trabajo para los tribunales civiles, los que no dan abasto para asumir adecuadamente esta labor. De ahí que se haya planteado la desjudicialización de la ejecución<sup>270</sup>, mediante la introducción, al ordenamiento procesal chileno, de la figura del oficial de ejecución, funcionario privado y auxiliar de la administración de justicia<sup>271</sup>.

La idea contenida en el proyecto era que este oficial se hiciera cargo de todos los trámites necesarios para la obtención forzada del pago de los créditos, salvo que el deudor se opusiera a dicha ejecución, pues en ese evento la causa pasaría a ser conocida por los tribunales de justicia. Sin embargo, esta idea no fue aprobada por la Cámara de Diputados, siendo eliminada del proyecto de Código que finalmente fue aprobado en esa instancia<sup>272</sup>. Lamentablemente esta materia no fue objeto de ninguna regulación, de modo que todavía permanece pendiente a la espera de la discusión que al respecto se lleve a cabo en el Senado.

c) El recurso ante la Corte Suprema. Como se sabe, la Corte Suprema ocupa el lugar de máxima jerarquía dentro del ordenamiento procesal chileno, de modo que le corresponde la labor de emitir la última palabra en los procesos judiciales. De esta forma, y sin perjuicio de que el sistema nacional establece claramente que las decisiones judiciales solo tienen efecto respecto del caso concreto en que se pronuncian, en la práctica las sentencias de la Corte Suprema cumplen la labor de orientar las decisiones de los tribunales inferiores. El problema es que actualmente el sistema de recursos hace que sea muy fácil el acceso del justiciable ante

---

<sup>270</sup> Vargas (2013), pp. 137 y ss.

<sup>271</sup> Sobre esta institución se ha propuesto que estos oficiales de ejecución se financien con el cobro de las tasas que correspondan, sin cargo para el erario nacional. Rodríguez (2013), p. 25.

<sup>272</sup> Reyes (2015), p. 257.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

el máximo tribunal, lo que ha generado una elephantiasis en la cantidad de causas que este debe resolver<sup>273</sup>.

La idea consagrada en el proyecto de reforma era el establecimiento de un recurso extraordinario, en el que incluso se le confería a la Corte Suprema la atribución discrecional para decidir avocarse o no al conocimiento del asunto. Empero, tal como ocurrió respecto del oficial de ejecución, la Cámara eliminó toda referencia a este recurso, dejando un vacío en lo concerniente a este aspecto. De esta forma, aún se encuentra pendiente la definición del tipo de recurso que permitirá llevar los procesos ante la Corte Suprema, existiendo quienes postulan mantener el actual recurso de casación en el fondo con ciertas adecuaciones<sup>274</sup>; otros que apoyan esta idea de discrecionalidad entregada al máximo tribunal asociada a la relevancia jurídica del asunto, a la usanza del *certiorari* estadounidense<sup>275</sup>; mientras algunos instan por el establecimiento de un recurso de unificación de jurisprudencia en sede civil, con efectos vinculantes<sup>276</sup>.

## 6. ALGUNAS CONCLUSIONES

1. La justicia civil chilena requiere una urgente reforma y actualización. Sus actuales condiciones dan cuenta de un sistema anacrónico, al menos en relación con la realidad procesal que se evidencia en sede penal, familiar y laboral. Dicha transformación deberá seguir las directrices generales que ya han sido trazadas por las reformas puestas en marcha durante la primera década de este siglo, cuestión sobre la cual existe un absoluto consenso debido a las mejoras y beneficios que han acarreado para al sistema de administración de justicia chileno.

2. La falta de voluntad política ha ocasionado la paralización total de la tramitación del proyecto de nuevo Código Procesal Civil, quizás porque las necesidades nacionales han

---

<sup>273</sup>En efecto, el promedio de ingresos a la Corte Suprema durante los últimos 5 años llega a las 40.000 causas.

<sup>274</sup>Romero (2014), p. 73.

<sup>275</sup>Rodríguez (2013), p. 26.

<sup>276</sup>Reyes (2015), p. 260.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

estado en otras áreas de la sociedad. Se debe reactivar cuanto antes la discusión y análisis sobre esta materia.

3. La instalación de la reforma procesal civil permitirá que las principales áreas procesales del ordenamiento jurídico chileno den cuenta de la recepción de los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad, como también de la libertad probatoria y la sana crítica, dotando de uniformidad y coherencia al sistema.

4. Por último, quedan aún pendientes importantes definiciones, sin las cuales difícilmente se pueda concretar la anhelada reforma. De ahí que lo deseable sería escuchar prontas noticias acerca de la estructura orgánica, el sistema de ejecución y el recurso ante la Corte Suprema que traerá aparejada la nueva justicia civil chilena. Mientras tanto, solo queda seguir esperando.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

## REFERENCIAS

Baeza Concha, Gloria y Pérez Cabrera, Jaime. **Los nuevos Tribunales de Familia**, Legal Publishing, Santiago, 2008.

Bordalí Salamanca, Andrés; Cortez Matcovich, Gonzalo y Palomo Vélez, Diego. **Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar**, Thomson Reuters, Santiago, 2014.

Carocca Pérez, Alex. **Manual de Derecho Procesal**, Tomo II, LexisNexis, Santiago, 2003.

CEJA, **Estudios de análisis de trayectoria de las causas civiles en los tribunales civiles de Santiago**. Informe final, Santiago, 2011. Disponible en: <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudio-Trayectorias-Causas-Civiles-en-Tribunales-Civiles-Santiago.pdf>

Cerda San Martín, Rodrigo. **Nueva visión del juicio oral penal**, Librotecnia, Santiago, 2007.

Contreras Rojas, Cristian. *El recurso de nulidad laboral como herramienta de control de las exigencias impuestas por la sana crítica*, **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**, Vol. 18, N°1, 2011, pp. 269-280.

Contreras Rojas, Cristian y Palomo Vélez, Rodrigo. *El actual Sistema Procesal Laboral. Bases de la Reforma Procesal Laboral, principios formativos del proceso y reglas comunes*, **Revista Laboral Chilena**, N°261, Noviembre 2017, pp. 53-62.

Corte Suprema de Justicia. **Cuenta anual de la Unidad de Apoyo a la Reforma Procesal Laboral**. Santiago, 2017.

Chahuán Sarrás, Sabas. **Manual del nuevo procedimiento penal**, Legal Publishing, Santiago, 2012.

De la Fuente Paredes, Paulo. *Análisis de las facultades de oficio del juez en el Anteproyecto de Código. Contradicciones al debido proceso*, en AA. VV., **Estudios de Derecho Procesal Civil**, De la Fuente Paredes, Paulo (Coordinador), Librotecnia, Santiago, 2010.

Duce Julio, Mauricio. *La suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios en el nuevo Código Procesal Penal*, en AA. VV., **Nuevo Proceso Penal**, LexisNexis, Santiago, 2000, pp. 139-171.

Flores Monardes, Álvaro. *La Reforma a la Justicia del Trabajo*, **Revista de Estudios de la Justicia**, N°6, 2005, pp. 149-159.

Hermosilla Iriarte, Francisco. **Apuntes sobre la prueba en el Código Procesal Penal**, Librotecnia, Santiago, 2006.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno**, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

Instituto Nacional de Estadísticas, **Justicia**. Informe Anual 2016, 2017. Disponible en: [www.ine.cl/estadisticas/sociales/justicia](http://www.ine.cl/estadisticas/sociales/justicia)

Ministerio de la Justicia. **Informe final del Foro para la Reforma Procesal Civil Chilena**, Santiago, 2006. Disponible en: <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Informe-Procesal-Civil-Foro.pdf>

Lepin Molina, Cristián, *La protección del cónyuge más débil en la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena*, **Revista de Derecho UCU**, Año 8, N°8, noviembre 2013, 147-170.

López Díaz, Carlos, **Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia**, Tomo II, Librotecnia, Santiago, 2007.

Nieva Fenoll, Jordi, *Los problemas de la oralidad*, **Justicia: Revista de Derecho Procesal**, N°1-2, 2007, pp. 101-130.

Novoa Pezo, Patricio y Ávalos Céspedes, William. *Procedimiento de aplicación general*, **Revista Laboral Chilena**, N°166, Mayo 2008, pp. 56-65.

Núñez Ávila, René y Cortés Rosso, Mauricio. **Derecho procesal de familia**, Legal Publishing / Thomson Reuters, Santiago, 2012.

Núñez Ojeda, Raúl. *Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo*, **Actualidad Jurídica**, Año IX, N°17, 2008, pp. 29-47.

Palavecino Cáceres, Claudio. *El retorno del inquisidor*, **Revista Laboral Chilena**, N° 173, 2009, pp. 73-85.

Ravetllat Ballesté, Isaac. *Marco internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia*, en AA.VV., **Derecho de la persona**, Isaac Ravetllat Ballesté (coordinador), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 51-88.

Reyes Poblete, Miguel. *Cambios que ha experimentado el proyecto de Código Procesal Civil durante su tramitación en el Congreso*, en AA. VV., **Reforma a la justicia civil, Una mirada desde la judicatura**, Palomo Vélez, Diego (Director), Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015.

Rodríguez Grez, Pablo. *Reforma procesal civil. Errores e inviabilidad*, **Actualidad Jurídica**, Año XIV, N°27, 2013, pp. 11-27.

Rodríguez Papic, Ignacio. **Procedimiento civil, Juicio ordinario de mayor cuantía**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

ROJAS, C. C. *Presente y Futuro del Proceso Civil Chileno: una reforma pendiente*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Romero Seguel Alejandro. *Reforma Procesal Civil y los trasplantes jurídicos*, **Actualidad Jurídica**, Año XV, N°29, 2014, pp. 55-82.

Romero Seguel, Alejandro, **Curso de Derecho Procesal Civil**, Tomo III, Thomson Reuters, Santiago, 2015.

Ugarte Cataldo, José Luis. *Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba*, **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXIII, 2009, pp. 215-228.

Vargas Pavez, Macarena. *Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación*, **Revista de Derecho de Valdivia**, Vol. 21, N°2, 2008, pp. 183-202.

Vargas Pavez, Macarena. *Hacia la desjudicialización de la ejecución civil*, **Revista Chilena de Derecho**, Vol. 40, N°1, 2013, pp. 137-158.

Vitar, Jorge. *El archivo provisional y su adecuada aplicación en el proceso penal chileno*, en AA. VV., **Diez años de la reforma procesal penal en Chile**, Fuentes, Claudio (coordinador), Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2011.

Walter Díaz, Rodolfo y Lanata Fuenzalida, Gabriela. **Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno**, LexisNexis, Santiago, 2007.

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

**AS DECISÕES PROFERIDAS DE OFÍCIO PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL E A NECESSIDADE DE SE DAR ÀS PARTES OPORTUNIDADE DE SE MANIFESTAR. O DIREITO COMPARADO COMO INSPIRAÇÃO PARA A CONCEPÇÃO DOS ARTS. 9.º E 10 DO cpc/2015**

Rafael de Oliveira Guimarães<sup>277</sup>

José Miguel Garcia Medina<sup>278</sup>

**SUMÁRIO**

1 Considerações iniciais - 2 Breves considerações sobre matérias processuais de ordem pública e matérias passíveis de cognição de ofício - 3 A necessidade de autorização legal para que o magistrado aprecie matérias cognoscíveis de ofício - 4 Os ordenamentos jurídicos estrangeiros que obrigavam a oitiva prévia das partes antes de uma cognição de ofício e a influência sobre o CPC/2015 - 5 Considerações de cunho conclusivo - 6 Referências bibliográficas.

**1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente e breve estudo tem o objetivo de tratar da celeuma da cognição de ofício pelo magistrado, a necessidade ou não de se intimar as partes para poderem se manifestar e influenciar na decisão judicial sobre tal matéria, se existem regras em tal sentido em alguns dos principais ordenamentos jurídicos do mundo, e se tais regras influenciaram nosso legislador ao elaborar o CPC/2015.

---

<sup>277</sup>Bolsista pelo Programa Nacional de Pós-doutorado da Capes (PNPD), vinculado à UNIPAR-Umuarama. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil e do Instituto Paranaense de Direito Processual. Professor na Pós-Graduação na UNIPAR-Umuarama. Advogado no Paraná, São Paulo, Santa Catarina e Distrito Federal.

<sup>278</sup>Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor Titular na Universidade Paranaense no Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania. Professor Associado na Universidade Estadual de Maringá. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas – IBCJ.

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Para tanto, é vital tecer argumentos e diferenças entre matérias de ordem pública e matérias cognoscíveis de ofício, e em quais casos o magistrado pode exercer a cognição de ofício.

Dando continuidade, o presente trabalho verificará se uma moderna concepção do contraditório, sendo esta entendida como o direito das partes em poder participar e influenciar em uma decisão judicial, estar-se-á sendo respeitada em uma decisão de ofício.

Ainda, tem o breve estudo o dever de fazer uma análise em alguns ordenamentos jurídicos do mundo para se constatar se há regras específicas que determinam a intimação prévia das partes, mesmo em caso de decisões de ofício, e se tais ordenamentos influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na parte geral do nosso Código de Processo Civil.

## **2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE MATÉRIAS PROCESSUAIS DE ORDEM PÚBLICA E MATÉRIAS PASSÍVEIS DE COGNIÇÃO DE OFÍCIO**

Como é cediço, no nosso ordenamento jurídico processual estão presentes algumas matérias tidas como de ordem pública, ou ainda, as que a legislação autoriza a cognição de ofício tendo em vista serem estas as normas que contém um conteúdo principiológico que exteriorizam valores basilares de um sistema jurídico. Assim, a ordem pública – em regra, indisponível – é um valor protetivo de outros valores, esses vitais para a organização da sociedade por protegerem a própria unidade do sistema jurídico como bem imediato, e a sociedade como bem mediato.

Desde já, adverte-se que matérias de ordem pública são parte de um conceito, enquanto matérias passíveis de apreciação de ofício são parte de outro. Enquanto que as primeiras são matérias com alta carga valorativa – como explicado no parágrafo anterior –, as segundas são matérias em que a lei autoriza a atividade de ofício ao magistrado.

Na maioria das vezes, as matérias de ordem pública possuem o condão de poderem ser conhecidas de ofício, mas essa regra não é absoluta. Por isso, o estudo se focará nas matérias passíveis de cognição de ofício.

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Mais precisamente, no plano processual, encontramos as matérias passíveis de cognição de ofício, tais como a prescrição<sup>279</sup> e matérias relacionadas aos pressupostos processuais e aos requisitos da ação<sup>280</sup>. Tais exemplos de matérias cognoscíveis de ofício são praticamente os mais clássicos sob o prisma processual.

### 3. A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGAL PARA QUE O MAGISTRADO APRECIE MATÉRIAS COGNOSCÍVEIS DE OFÍCIO

Por uma questão primordial de segurança jurídica, defende-se, no presente estudo, que a atividade cognitiva de ofício do juiz só é realizada se a lei assim permitir.

Edson Ribas Malachini, estudioso do tema, já defendia que “o critério fundamental sempre foi, e continua sendo, o da cognoscibilidade de ofício da matéria pelo juiz o de haver ‘expressa autorização legal’ para as alegações serem ‘formuladas em qualquer tempo e juízo’”<sup>281</sup>. Entendimento semelhante têm José Miguel Garcia Medina<sup>282</sup> e Rita Dias Nolasco<sup>283</sup>.

Como fundamento sistemático, o próprio CPC encarta disposição interessante em seu art. 141. Segundo tal dispositivo, o juiz decide a lide com base nos limites propostos “sendo-

<sup>279</sup>Ex. “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: [...] II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição.”

<sup>280</sup>“Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; [...] IX – em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; [...] § 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.”

<sup>281</sup>MALACHINI, Edson Ribas. Alegações imprecluíveis e dever de cognição *ex officio*. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coords.) *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais*. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 23.

<sup>282</sup>“Ora, como é sabido, essa omissão ocorre quando o juiz deixa de examinar questões expressamente suscitadas pelas partes bem como aquelas que devem ser examinadas de ofício, em virtude de expressa determinação legal.” (MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento. Nulidade do acórdão proferido pelo Tribunal local em virtude de omissão quanto a matéria de ordem pública (incompetência absoluta). Cabimento de embargos de declaração. Inteligência dos Enunciados 282 e 356 do STF e 98 e 211 do STJ. *Revista de Processo*, n. 103. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001. p. 205).

<sup>283</sup>“É a lei que determina expressamente as hipóteses em que o juiz pode atuar de ofício.” (NOLASCO, Rita Dias. Possibilidade de reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no âmbito dos recursos de efeito devolutivo restrito. In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 10. p. 466).

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. Embora não haja afirmação expressa, é possível a compreensão de que se é vedado o conhecimento de matéria cuja iniciativa é da parte, presume-se que o juiz só possa se manifestar de ofício quando haja obrigação para tanto.

Por todo o exposto, posiciona-se no sentido de que só há a possibilidade de atividade cognitiva de ofício do magistrado, quando a norma jurídica o permita, não bastando para tanto a mera verificação acerca de a questão ser de ordem pública. Ou seja, a atuação de ofício do magistrado só deve ocorrer quando a norma jurídica preconize pelo dever do juiz em conhecer determinada matéria ou quando a legislação contenha situação não sujeita à preclusão. Tais situações, independentemente de a matéria ser de ordem pública ou não, é que devem impulsionar o conhecimento de ofício pelo magistrado, seja em primeiro grau de jurisdição ou em grau recursal.

O enfoque do presente trabalho se dá no modo de o magistrado conhecer de ofício e a raiz de tanto do direito comparado.

Até a aprovação do recente Código de Processo Civil de 2015, não se tinha uma regra específica que disciplinasse o modo de cognição, podendo o magistrado, livremente, conhecer de uma matéria de ofício, sem a obrigatoriedade expressa de se determinar a oitiva prévia das partes.

Mas, como se verá, alguns ordenamentos jurídicos do mundo já continham o mandamento de que é obrigação do magistrado a determinação de que, sempre que o magistrado entenda por passível a cognição de ofício, deve o magistrado determinar que as partes possam se manifestar a respeito previamente a tal decisão.

#### **4. OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS QUE OBRIGAVAM A OITIVA PRÉVIA DAS PARTES ANTES DE UMA COGNIÇÃO DE OFÍCIO E A INFLUÊNCIA SOBRE O CPC/2015**

A possibilidade da cognição de ofício não é exclusividade do direito brasileiro. Ordenamentos jurídicos europeus e latino-americanos dispõem, em muitas passagens, sobre a possibilidade de o magistrado conhecer de determinadas matérias, visando resguardar alguns

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

valores de direito material considerados de maior relevância para uma sociedade, bem como garantias processuais que intentam resguardar uma regularidade mínima do processo judicial e o direito de os litigantes exercerem suas garantias processuais básicas.

A cognição de ofício guarda relação com a própria salvaguarda de um processo judicial<sup>284</sup>. Tem sua razão na efetividade processual. Tome-se como exemplo o magistrado que avista uma ação prescrita em trâmite. Trata-se de obrigação do juiz, segundo o art. 487, II, do CPC, de sinalizar o seu pronunciamento sobre a questão, a fim de evitar danos à demanda, a qual, segundo a presunção do juiz, é totalmente desnecessária.

Pois bem, supondo que nessa demanda há uma causa de interrupção da prescrição desconhecida pelo magistrado, como um protesto cambial nos moldes do art. 211, inc. III, do Código Civil, estaria o julgador agindo de maneira adequada ao negar ao autor o direito de produzir provas da obstaculização do curso do prazo prescricional, ou, ainda, não dar ao réu o direito de eventualmente renunciar a prescrição?

A resposta que se impõe é a negativa.

Agora, imagine-se outra situação. Um relator de uma apelação cível nota que o recurso é intempestivo por ter passado um dia do prazo para sua interposição, declarando-o inadmissível. Faz isso sem se ater ao fato de que, na cidade onde tramitava a demanda, era feriado municipal. Embora exista a possibilidade de apresentação de agravo interno<sup>285</sup> pelo apelante, estaria o relator realmente dando efetividade ao processo?

É cristalino que uma das grandes conquistas do jurisdicionado foi o direito ao devido processo legal em seu sentido substancial, bem como o contraditório amplo. Não é devido à legislação infraconstitucional que as partes têm o direito de se manifestar sobre uma prova produzida ou mesmo sobre uma manifestação da parte contrária, mas sim em razão da Constituição Federal. Se a Constituição Federal garante o amplo contraditório sobre o objeto do processo, sobre a matéria meritória principal, será que ela não garante o mesmo sobre

---

<sup>284</sup>“As matérias de ordem pública existem para possibilitar a própria consecução do fim do processo. É justamente por conta disso que sua violação impedirá a consecução do fim do processo. Mas também por buscarem o próprio fim do processo, essas matérias buscarão, antes da fulminação do processo, sua salvação.” (QUINTELLA, Eliane Proscursin. *Matéria de ordem pública no âmbito do direito processual civil*. São Paulo, 2004, 321 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Prof. Teresa Arruda Alvim. p. 32).

<sup>285</sup> Cf. Art. 1.021 do CPC.

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

possíveis pronunciamentos de ofício do magistrado? Será que não há atentado ao contraditório quando o juiz decide de ofício, sem dar o direito às partes de trazerem seus argumentos sobre tal decisão, dando até mais embasamento ao magistrado para decidir sobre tal matéria?

Tendo em vista os singelos motivos aqui apresentados, e por tantos outros, é que há mais de um século se vem discutindo no direito europeu se a decisão judicial de ofício, antes de ser um benefício para a parte que a aproveita, não seria um atentado ao direito básico do contraditório da parte prejudicada. Seria o caso de prejuízo presumido, não sendo obrigação da parte sucumbente da decisão justificar eventual prejuízo para ser dado o direito a esta de se manifestar sobre a decisão.

Na Itália, sobressai, em meio aos dos grandes estudiosos da questão, Eduardo Grasso. Em 1967, já ensinava o processualista italiano que é dever do magistrado, antes da prolação de uma decisão, propor às partes que indiquem normas e questões eventualmente não deduzidas em juízo, possibilitando assim o amplo contraditório aos jurisdicionados. Tal atitude do magistrado foi chamada por Grasso de “princípio da colaboração necessária” como garantia da isonomia processual.<sup>286</sup>

Mais recentemente, Cesare Cavallini<sup>287</sup>, analisando a reforma processual italiana, encarece que, nas questões processuais apreciáveis de ofício, que seriam as questões

<sup>286</sup> “A tutela del diritto di difesa può (e, a nostro avviso, deve) conceparsi il dovere del giudice di proporre alle parti, prima della decisione, la norma o le norme alle quali ritenga di poter riferire il caso concreto, suscitando una discussione sull’applicabilità delle medesime.” (GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d’ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967. p. 121). “Più seria considerazione merita invece l’idea che Il contraddittorio possa e debba egualmente esercitarsi nella materia in esame ad iniziativa del giudice che si considera tenuto ad indicare alle parti costituite i fatti non dedotti, che egli ritiene di utilizzare, e a suscitare la discussione sui medesimi. In tal modo e cioè applicando Il principio della collaborazione necessaria e total fra i soggetti del processo, l’esigenza, rivelata dal sistema, di un intervento dell’ufficio può conciliarsi con Il rispetto del principio di eguaglianza delle parti.” (GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d’ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967. 318-319).

<sup>287</sup> “Resolta vincolata alla stessa valenza della questione rilevabile d’ufficio; la quale, se riveste Il carattere di questione preliminare o pregiudiziale, conferisce all’indicazione Il contenuto de um vero e próprio *potere-devere* del giudice; sicché, così opinando, le refforzate garanzie costituzionale del giusto processo nulla aggiungono, in senso precettivo, a quanto già si poteva (e si può) dimonstrare e verificare sul piano del diritto positivo.” (CAVALLINI, Cesare. *Eccezione rilevabile d’ufficio e struttura del processo*. Napoli: Jovene, 2003. p. 108). “Se, infatti, lanatura della questione è tale da impedire od assorbire la trattazione e l’istruzione del mérito, a maggior ragione, starei per dire, l’indicazione alle parte che Il giudice deve compiere della questione medesima costituisce l’única unica forma di attuazione efetiva del contraddittorio, ‘ultimo baluardo’ che i soggetti del processo hanno a disposizione per collaborare alla formazione del *decisum*.” (CAVALLINI, Cesare. *Eccezione rilevabile d’ufficio e struttura del processo*. Napoli: Jovene, 2003. p. 110-111). No mesmo

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

preliminares e prejudiciais, é um poder-dever do magistrado, em respeito à garantia constitucional do processo justo, a indicação às partes sobre quais questões poderão ser objeto da decisão judicial, respeitando o contraditório e a colaboração na decisão judicial. A previsão legal está no art. 183 do CPC italiano.

Em artigo doutrinário, Marco Gradi<sup>288</sup> aponta que a obrigação do magistrado de indicar às partes as questões que poderão ser apreciáveis de ofício é uma previsão de diversos ordenamentos jurídicos europeus. Francesco Luiso<sup>289</sup> sinaliza que o art. 111 do CPC italiano preceitua que a decisão judicial sobre questão cognoscível de ofício, que não tenha dado às partes o direito de se manifestarem sobre tais questões, é nula de pleno direito, evidenciando o prejuízo presumido no caso. No Brasil, contribuição valiosa foi dada por Daniel Mitidiero<sup>290</sup>, que também já assinava as previsões dos ordenamentos dos outros países ora citados. José

---

sentido: CHIARLONI, Sergio. *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e 'formalismo delle garanzie'*. In. *Revista de Processo* n. 212. São Paulo: RT, out. de 2012. p. 87.

<sup>288</sup> “Alla Germania, laddove è espressamente riconosciuto il divieto di *Überraschungsentscheidungen*: più precisamente, in forza del § 139 ZPO, è escluso che il giudice possa fondare la propria decisione sulle questioni ignorate o ritenute insignificanti dalle parti, ovvero su quelle che lo stesso magistrato valuti diversamente rispetto a queste ultime, se non dopo averle indicate ai litiganti e dopo aver offerto agli stessi l'opportunità di svolgere le proprie osservazioni al riguardo.

Similmente, si consideri l'ordinamento francese, nel quale l'art. 16 del Nouveau Code de procédure civil vieta al giudice di ‘fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations’, nonché di tenere in considerazione difese e documenti qualora le parti non siano state messe in condizione di discuterne ‘contradictoirement’” (GRADI, Marco. IL principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio. *Revista de Processo*, n. 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2010.p. 165).

<sup>289</sup>“Quando, al contrario, la questione é rilevabile anche di ufficio, può verificarsi Il fenomeno della *c. d. terza via*: nel corso del processo, le parti hanno discusso delle questione che ritenevano rilevanti; al momento dell’emanazione dell’atto finale, l’autore dello stesso fonda Il suo convincimento su una questione, rilevata di ufficio, senza che le parti abbiano potuto prendere posizione sul punto, esporre la loro opinione, e magari addurre elementi ostativi Allá questione rilevata di ufficio. [...] L’art 101, secondo comma, c. p. c. fa espressa applicazione di questo principio, vietando al giudice – a pena di nullità della sentenza – di fondare la sua decisione su questioni rilevate di ufficio e non previamente sottoposte alla discussione delle parti.” (LUISO, Francesco P. *Intituzioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Torino: Giappichelli Editore, 2009. p. 30-31).

<sup>290</sup>“Em outros ordenamentos há regras específicas a esse respeito. Por exemplo, o direito francês impõe ao juiz o dever de intimar as partes a manifestar-se sobre questões que ele pode suscitar de ofício.

No direito italiano, o art. 183, § 2.º, do CPC italiano impõe ao juiz indicar às partes as questões ‘rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione’, ou seja, sobre as quais deva decidir no contexto da audiência referida naquele artigo. Entre tais questões, às relacionadas à competência absoluta, litispendência, capacidade processual, comparecimento de litisconsorte necessário e nulidade de citação. No direito alemão, da mesma forma, o par. 139 da ZPO impede o juiz de decidir sobre questões de direito não submetidas ao prévio contraditório das partes.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 74).

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Miguel Garcia Medina<sup>291</sup> ressalta que em ordenamentos como os da França e de Portugal, já era disposição expressa em lei a obrigatoriedade de se intimar as partes para se manifestar a respeito de matéria a qual o magistrado entendeu como passível de conhecimento de ofício na situação, justamente para exercer o direito que as partes têm de participar e influenciar nas decisões judiciais, sendo esta a premissa mais moderna sobre o princípio do contraditório<sup>292</sup>.

Antes mesmo da aprovação do CPC/2015, nossos tribunais já aplicavam tal premissa. Adotando o entendimento de que se deve intimar as partes para se manifestar antes de se decidir de ofício, por respeito à dita concepção moderna do princípio do contraditório<sup>293</sup>. No exemplo citado, inclusive, após a manifestação das partes sobre a possibilidade de prescrição,

---

<sup>291</sup>“Assim, por exemplo, o art. 16 do CPC francês: ‘Le juge doit, en toutes circonstances, faire, observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir dans sa decision, le moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations’. Por sua vez, o art. 3.º, n. 3, do CPC português dispõe que ‘o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem’. [...] Similarmente, a ZOP alemã, no § 139, que órgão jurisdicional somente pode decidir sobre alguma questão quando as partes tenham tido a oportunidade de se manifestar com relação à mesma.” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 68)

<sup>292</sup>“A manifestação mais rudimentar do princípio do contraditório dá-se através do binômio “informação + reação”. Esse princípio é também decorrente do princípio constitucional da isonomia (art. 5.º, caput e II da CF/1988; art. 7.º do CPC/2015), já que, se o juiz decidir apenas com base no que uma das partes tiver argumentado, dará a elas tratamento desigual. Mas hoje, ao princípio, deve ser reconhecida dimensão mais ampla. Modernamente, entende-se que somente se considerará atendido se propiciada às partes a participação real e efetiva na realização dos atos preparatórios da decisão judicial.” (Idem, p. 67)

<sup>293</sup>“Não obstante não se possa afirmar desde já a ocorrência de prescrição, a pretensão de reparação civil prescreve em três anos (art. 206, V, do CC). Contudo, ainda que a prescrição seja matéria de ordem pública, cognoscível de ofício (art. 219, §5º, do CPC), o desenvolvimento do processo à luz dos preceitos constitucionais impõe que se oportunize às partes manifestação prévia à apreciação definitiva da questão suscitada ex officio. Sobre os desdobramentos do princípio do contraditório contido no art. 5º, inciso LV, da CF, orienta a doutrina: "Ainda em relação a questões que possam ser solucionadas de ofício pelo juiz (v.g., pressupostos processuais, condições da ação, nulidades absolutas), a decisão deve ser tomada só depois de ouvidas as partes a respeito, de forma a não lhes causar surpresa". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Comentário ao artigo 5º, XII*. In. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. P. 434.). A leitura da regra processual sob a ótica constitucional, inclusive, foi adotada de forma expressa pelo novo Código de Processo Civil recém promulgado. ("Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício").” (TJPR, 10.ª Câm. Cív., ApCív 1344944-2, rel. Des. Lilian Romero, j. 27.05.2015, *DJe* 30.06.2015, decisão monocrática)

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

reconheceu o Judiciário que a prescrição não ocorreu no caso<sup>294</sup>, evidenciando a necessidade de ouvir as partes antes de se decidir a respeito.

Felizmente, o Código de Processo Civil de 2015 inseriu em seu art. 10<sup>295</sup>, a obrigação do magistrado de determinar a oitiva das partes sobre as questões apreciáveis de ofício, como norma impeditiva das chamadas *decisões-surpresa* para as partes, que, em muitos casos como os apontados no início do presente item, poderiam trazer prejuízo às partes e ao processo em si, assim se coadunando com a leitura atual do princípio do contraditório.<sup>296</sup>

Tal disposição ganhou tamanha força no ordenamento jurídico processual, que o art. 1.023, § 2.<sup>o</sup><sup>297</sup>, no capítulo sobre embargos de declaração, também dispõe que sempre que tal modalidade recursal tiver o condão de modificar a decisão embargada, deve haver a intimação da parte contrária sob pena de nulidade. Tal premissa, segundo a doutrina, entende-se como a necessidade de intimação sempre que ainda não dada a oportunidade às partes para se manifestar sobre o argumento trazido nos embargos de declaração<sup>298</sup>.

<sup>294</sup>“PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL. TERMO INICIAL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DOS FATOS LESIVOS E DA EXTENSÃO DOS DANOS. RESPEITO AO PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL. SOCIEDADE, ADEMAIS, QUE NÃO SE MANTEVE INERTE DIANTE DOS DEVEDORES. [...]” (TJPR, 10.<sup>a</sup> Câm. Cív., ApCív 1344944-2, rel. Des. Lilian Romero, j. 12.05.2016, DJe 17.06.2016, acórdão)

<sup>295</sup> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

<sup>296</sup>“Reconhece-se que, mesmo em se tratando de temas a respeito dos quais deva o juiz se manifestar *ex officio*, deve o órgão jurisdicional, atento ao princípio do contraditório, ouvir a parte interessada, evitando-se, com isso, a prolação de “decisão surpresa” para a parte, o que não se coaduna com o princípio do contraditório.” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 121)

<sup>297</sup>Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo. [...] § 2º O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada.

<sup>298</sup>“O princípio do contraditório, nesse contexto, tem o significado de direito à participação das partes, quando se interpreta o art. 10<sup>298</sup> da sistemática processual civil vigente, ou seja, a parte tem o direito de se manifestar sobre qualquer novo argumento deduzido pelas partes ou pelo juiz. Não nos parece imprescindível a intimação de um embargado quando este já teve a oportunidade de se manifestar sobre tal fundamento, no momento anterior à prolação da decisão embargada.” (MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Breves considerações sobre os embargos de declaração no novo CPC. In: Luís Antônio Giampaulo Sarro. (Org.). *Novo Código de Processo Civil. Principais alterações do sistema processual civil*. São Paulo: Editora Rideel, 2014. p. 355-356)

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

O Código de Processo Civil trouxe seguramente muitos benefícios processuais. Fez o Brasil se coadunar o processo civil europeu e principalmente com nossa Constituição, respeitando o amplo contraditório, primando pela colaboração das partes e dando a efetividade necessária para a cognição de ofício, que é preservar a atividade jurisdicional, mas respeitando as garantias constitucionais.

Em consequência, a previsão do art. 10 do Novo Código de Processo Civil sanou eventuais dúvidas e problemas com relação à exceção de prescrição, posto que é obrigatória a manifestação das partes sobre possível decisão de ofício. Assim, prestigia-se o art. 191 do Código Civil, dando à parte o direito à renúncia da prescrição, sem deixar de obedecer ao art. 487, II, do CPC, pois a iniciativa em apreciar a questão poderá ser do juiz, como preceitua o diploma processual atual.

Por tais motivos, entende-se como muito benéfica a modificação do Código de Processo Civil. De acordo com o ora defendido, tal preceito já deveria ser aplicado pelos magistrados mesmo antes da aprovação do Diploma Processual, por respeito aos princípios constitucionais da isonomia e do contraditório, porém, pela inteligência do art. 10 do CPC, que inseriu os preceitos já contidos em alguns ordenamentos jurídicos do mundo, eventual questão está superada.

## **5. CONSIDERAÇÃO DE CUNHO CONCLUSIVO**

Verificou-se que embora o Brasil contivesse a obrigatoriedade de cognição de ofício sobre algumas matérias – em regra – de ordem pública processual, não havia regra específica que determinasse a intimação das partes para se manifestarem previamente à decisão judicial sobre tal matéria.

Embora parte da doutrina já entendesse, por disposição constitucional e pela moderna concepção de princípio do contraditório, a obrigatoriedade de manifestação prévia das partes, a regra específica inexistia.

Constatou-se que em ordenamentos jurídicos como os da França, Portugal, Itália e Alemanha, existia disposição expressa que obrigava a intimação prévia das partes, justamente para se impedir as chamadas “decisões-surpresa”.

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

Por isso, evidenciou-se que por tais razões, nosso ordenamento adotou a correta premissa dos citados ordenamentos europeus, e o CPC/2015 contém agora nos artigos 9.º, 10, e 1.023, § 2.º, a obrigatoriedade de intimar as partes sempre que uma decisão judicial puder apreciar matérias das quais as partes ainda não tiveram a oportunidade de se manifestar sobre. Tal mandamento somente atende a moderna concepção de princípio do contraditório.

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

## REFERÊNCIAS

CAVALLINI, Cesare. *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*. Napoli: Jovene, 2003.

CHIARLONI, Sergio. Questões relevantes d'ufficio, direito de defesa e 'formalismo das garantias'. In: *Revista de Processo* n. 212. São Paulo: RT, out. de 2012.

GRADI, Marco. O princípio do contraditório e as questões relevantes d'ufficio. *Revista de Processo*, n. 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2010.

GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d'ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves considerações sobre os embargos de declaração no novo CPC. In: Luís Antônio Giampaulo Sarro. (Org.). *Novo Código de Processo Civil. Principais alterações do sistema processual civil*. São Paulo: Editora Rideel, 2014.

LUISO, Francesco P. *Intituzioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Torino: Giappichelli Editore, 2009.

MALACHINI, Edson Ribas. Alegações impreluíveis e dever de cognição *ex officio*. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coords.) *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais*. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. Prequestionamento. Nulidade do acórdão proferido pelo Tribunal local em virtude de omissão quanto a matéria de ordem pública (incompetência absoluta). Cabimento de embargos de declaração. Inteligência dos Enunciados 282 e 356 do STF e 98 e 211 do STJ. *Revista de Processo*, n. 103. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001.

\_\_\_\_\_; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Breves considerações sobre os embargos de declaração no novo CPC. In: Luís Antônio Giampaulo Sarro. (Org.). *Novo Código de Processo Civil. Principais alterações do sistema processual civil*. São Paulo: Editora Rideel, 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

NOLASCO, Rita Dias. Possibilidade de reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no âmbito dos recursos de efeito devolutivo restrito. In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 10.

QUINTELLA, Eliane Proscursin. *Matéria de ordem pública no âmbito do direito processual civil*. São Paulo, 2004, 321 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Prof. Teresa Arruda Alvim.

## FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NO CPC DE 2015

Fabio Caldas de Araújo <sup>299</sup>

O novo CPC traz interessante reflexão sobre a mudança de paradigma quanto à possibilidade de flexibilização procedimental. A visão moderna do processo civil, inspirada pela sua leitura constitucional, influenciou dois pontos essenciais no que tange à estrutura do procedimento: a) papel ativo das partes na colaboração e construção do procedimento adequado e b) possibilidade do juiz flexibilizar o procedimento em seu papel de gestão processual. Abordaremos brevemente esses dois pontos com uma pequena retrospectiva sobre a evolução dos procedimentos especiais.

### 1 O papel dos procedimentos especiais até o advento do CPC de 2015

Por motivos óbvios não podemos realizar a evolução histórica dos procedimentos. É importante ressaltar que o binômio processo/procedimento é indissociável. O procedimento revela a espinha dorsal da relação processual sendo marcado tradicionalmente marcado pela *tipicidade, publicidade e dialeticidade*.

Não existe a possibilidade de decisão instantânea no processo. Somente a perfeição angélica, dotada da ciência infusa, tornaria possível uma sentença imediata, sem a necessidade de oitiva das partes. Mesmo Adão antes de ser expulso do Paraíso teve direito ao contraditório (Ubi est? - Gênesis 3:8:10).

O direito de ser ouvido (*in iusvocatio*) reclama a existência de um procedimento que permita a exposição da tese e da antítese para que o julgamento possa ser proferido. O procedimento é

---

<sup>299</sup>Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor pela PUC-SP. Juiz de Direito no Estado do Paraná. Professor da Unipar Curso de Mestrado, Especialização e Graduação.

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In: DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

antes de mais nada, uma garantia das partes para que não sofram qualquer sanção sem a possibilidade de explanar sobre os fatos que geram o seu julgamento.

No processo romano, o procedimento era marcado pela rigidez. A tipicidade fechada (*forma dat esse rei*) era a marca do processo civil romano. O seu descumprimento poderia propiciar o indeferimento de análise do direito material. A Lei das XII tábuas narra clássica narrativa de Gaio marcada pelo princípio do nominalismo. O erro procedimental quanto a utilizar a palavra árvore (*arbore*) ao invés de videira (*vides*) geraria ao indeferimento do pedido feito ao pretor pelo erro quanto ao procedimento.<sup>300</sup>

A evolução do sistema jurídico propiciou ao surgimento de diversos tipos de procedimentos especiais que seriam paralelos ao procedimento comum. Esta criação aconteceu já no direito romano e com grande aproveitamento por meio da criação dos interditos possessórios. A propriedade romana não poderia ser adquirida pelos estrangeiros ou conquistados e sua tutela era apenas admitida pela proteção da posse (*possessio*). O desenvolvimento do processo civil no período medieval e moderno levou à multiplicação dos procedimentos especiais como natural desenvolvimento e incremento das relações jurídicas civis e comerciais.

No Brasil, a importância dos procedimentos especiais pode ser visualizada pela grandiosa criação da teoria da posse de direitos pessoais por Rui Barbosa.<sup>301</sup> O jurista foi contratado por 4 (quatro) professores da Escola Politécnica de São Paulo porque tinham sido demitidos, *ad nutum*, pelo então Presidente Prudente de Moraes pelo apoio manifestado ao regime monárquico. A solução pela ótica atual seria simples. Bastaria a impetração do mandado de segurança para a correção do ato coator. Acontece que a figura do *mandamus* somente surgiria com a Constituição de 1934.

Este descompasso entre o direito material e processual no início do século XX permite duas conclusões simples: 1) É impossível a lei processual prever todos os procedimentos especiais em vista das necessidades do direito material; 2) o procedimento comum é insuficiente para preencher todas as necessidades do jurisdicionado.

---

<sup>300</sup>Ulrich Manthe, *Geschichte des Römischen Rechts*, p. 58, München, Beck, 2000.

<sup>301</sup>. *Posse de Direitos Pessoais*, p. 01-60. In: *Clássicos do Direito*, Saraiva, São Paulo, 1986.

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

O déficit procedimental tornou-se acentuado com a previsão da necessidade de concessão de *tutela jurisdicional adequada* pelo art. 5º, XXXV da CF/88 para as situações de ameaça ou lesão.

## 2 O negócio processual na construção do procedimento

O novo Código de Processo Civil procura corrigir a distorção do déficit procedimental chamando as partes para participar ativamente da construção do *procedimento adequado*.

Grande parte das demandas existentes são relativas a interesses patrimoniais e disponíveis. Nesta gama de litígios, a procura por vias alternativas à tutela jurisdicional contenciosa é permitida. A parte poderá se valer da mediação extrajudicial e da arbitragem. Com maior razão poderá construir e modelar o procedimento por meio de negócio processual para ajustá-lo as necessidades concretas da demanda, nos termos do art. 190 do CPC: "*Versando o processosobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.*"

O CPC/2015 assume o compromisso de formar aquilo que o direito alemão considera como o pilar do princípio da cooperação (art. 6º CPC), ou seja, uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*).

As partes e o juiz formam esta comunidade. Os poderes do juiz são limitados e apenas exercem o papel de sindicância para o respeito da isonomia das partes quanto ao negócio processual (art. 190, parágrafo único). As partes podem ajustar o encurtamento do procedimento comum, abrir mão da esfera recursal, apresentar calendário processual (art. 191). Existe até a possibilidade das partes até abrirem mão da utilização do direito de ação.<sup>302</sup>

---

<sup>302</sup>. Sobre a polêmica do "*pacto non petendo*", vide Fabio Caldas de Araújo, *Curso de Processo Civil- Parte geral*, t. I, p. 762.

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

### **3 A interação entre o procedimento comum e especial**

O procedimento comum ganhou grande desenvolvimento desde as reformas operadas pela introdução da tutela antecipada no ano de 1994. O exemplo mencionado sobre o famoso caso de Rui Barbosa revelava a hipertrofia do procedimento comum que necessitava se socorrer dos procedimentos especiais como meio de alcançar a tutela jurisdicional diferenciada.

Passados mais de 100 (cem) anos, o panorama atual permite uma visualização diferente. Os mecanismos processuais sofreram grande evolução. Nossa legislação atual conta com uma parte geral que fornece institutos com aplicação genérica e com dispositivos integradores.

O procedimento comum conta atualmente com grande desenvolvimento e permite a concessão de eficiente tutela específica para o cumprimento das decisões mandamentais e executivas. Ao contrário de outrora, são os procedimentos especiais que irão se utilizar do procedimento comum e da parte geral do CPC. Neste sentido vale a advertência do art. 318, parágrafo único do CPC: "*O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução*".

A tipicidade dos procedimentos especiais sofre um abalo, especialmente pela atipicidade decrescente do procedimento e das medidas executivas como forma de solução eficiente para o litígio entre as partes.

### **4 O novo papel do Juiz**

O juiz sempre assumiu papel de destaque na relação processual. No entanto, sua missão operante a nova legislação mudou seu enfoque de atuação (*management case*). Há uma grande tensão quanto ao papelativo do juiz, seus limites e os problemas gerados pela sua intervenção.

O art. 139 do CPC demonstra claramente a necessidade do papelativo do juiz. Podemos enaltecer dois pontos considerados essenciais. O primeiro relativo ao art. 139, IV

GUIMARÃES, R. de O. MEDINA, J. M. *As Decisões de Ofício e a Oitiva Prévia das Partes: o direito comparado como inspiração para a concepção dos arts. 9 e 10 do CPC/2015*. In. DIAS, B. S.; IOCOHAMA, C. H. **REPERCUSSÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO...** Umuarama, UNIPAR. 2017. ISBN: 978-85-8498-370-4

querevela o *poder geral de tutela do juiz* no cumprimento das decisões, independentemente de sua natureza: declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva. Não importa que a decisão seja provisória ou definitiva. O sistema clamoroso de medidas executivas atípicas que permitam o cumprimento do art. 5º, XXXV da CF/88. Aqueles que reclamam do "ativismo judicial" esquecem que o papel do juiz não está em substituir as partes, mas apenas garantir a tutela e o cumprimento das pretensões processuais que são materializadas em juízo. Os limites serão sempre testados pela via recursal. O segundo ponto reside na possibilidade do juiz auxiliá-la na construção do procedimento adequado, em vista do art. 139, VI do CPC. Não houve uma autorização ampla como aquela conferida no sistema Português. Todavia, na medida em que o juiz inverte fases processuais, forma calendário processual para a prática de atos processuais, ou flexibiliza prazos, confere-se, indiscutivelmente, grande poder para modelar o procedimento comum ou especial e contribuir para o aperfeiçoamento da relação processual. Os limites desta atuação serão testados pela jurisprudência.

## **Conclusão**

O processo deve realmente refletir um instrumento colocado à disposição do jurisdicionado para a solução do seu conflito. O procedimento representa uma garantia de publicidade e contraditório, mas o rigor formal pode e deve ser atenuado quando prejudicial para o desenvolvimento da relação processual. O novo sistema processual fornece mecanismos para permitir a criação, adaptação e interação do procedimento civil (arts. 189, 190, 136, VI CPC). Aguardemos a importante formação dos precedentes sobre a matéria que certamente colocarão o Brasil em posição de vanguarda na tutela dos direitos fundamentais processuais.