

Organizadores

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

BRUNO SMOLAREK DIAS

RAFAEL DE OLIVEIRA GUIMARÃES

O ACESSO À JUSTIÇA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DEBATE: VOLUME 2



UNIPAR

2015



ORGANIZADORES

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

BRUNO SMOLAREK DIAS

RAFAEL DE OLIVEIRA GUIMARÃES

O ACESSO À JUSTIÇA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DEBATE: VOLUME 2

COLABORADORES

Ana Carla Izidoro de Moraes
Caio Cezar Bellotto
Carlo José Napolitano
Cristiana Zugno Pinto Ribeiro
Elaine Harzheim Macedo
Fabrício de Farias Carvalho
Henrique Camacho
Higor Oliveira Fagundes
João Carlos Leal Júnior
José Laurindo de Souza Netto
José Miguel Garcia Medina
Luiz Manoel Gomes Junior
Marcelo Garcia da Cunha
Marco Félix Jobim
Mariana Fernandes da Silva
Miguel Etinger de Araujo Junior
Miriam Fecchio Chueiri
Nathalia Favaro de Carvalho
Odilon Marques Garcia Junior
Rafael de Oliveira Guimarães
Rozane da Rosa Cachapuz
Tania Lobo Muniz
Tatiana Stroppa
Vitor Augusto Gaioski Pagani

UNIPAR

2015



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

Rafael de Oliveira Guimarães

Imagem da Capa – Bruno Smolarek Dias, foto tirada em 2012 na Faculdade de Direito de Coimbra em Portugal.

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 os Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR, e dos programas da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP/Bauru/SP, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do SUL – PUC-RS, Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR, Centro Universitário de Bauru – ITE/Bauru/SP.

Projeto de Fomento – Obra resultado do incentivo da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)

I64 Iocohama, Celso Hiroshi.

O acesso à justiça e os direitos fundamentais em debate:
volume 2 / Celso Hiroshi Iocohama; Bruno Smolarek Dias; Rafael
de Oliveira Guimarães (Orgs.). – Umuarama : Universidade Paranaense
– UNIPAR,
2015. E-book.
281 p.

ISBN 978-85-8498-092-5

1. Direitos fundamentais. 2. Acesso à justiça.
. II. Universidade Paranaense – UNIPAR. III.
Título.

(1 ed) CDD: 341.274

Bibliotecária Responsável Inês Gemelli CRB 9/966

O ACESSO À JUSTIÇA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DEBATE: VOLUME 2

SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
A CENTRALIDADE DA JURISDIÇÃO COMO FONTE REVELADORA DO DIREITO: A BUSCA DA CIENTIFICIDADE PERDIDA.....	12
COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO AgRg NO EAREsp 166.481	33
CONCENTRAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DA LEI DE MEIOS DA ARGENTINA	46
LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITOS DE PERSONALIDADE EM CONFLITO: análise comparativa das decisões preferidas pelo STF na ADPF 130 e na Rcl 9428	63
O ACESSO À JUSTIÇA E SUA EFETIVAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	74
O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS NO BRASIL E A REFORMA POLÍTICA: continuaremos na contramão?.....	86
UMA VISÃO HOLÍSTICA DA MEDIAÇÃO E A SUA APLICABILIDADE NO MEIO EMPRESARIAL.....	104
MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO E OS IMPACTOS NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS INTERNACIONAIS.....	123
O PLURALISMO JURÍDICO E DIREITO NEGOCIAL EM CONFLITOS URBANOS NO SÉCULO XXI.....	137
A DECISÃO-SURPRESA NO RECURSO DE APELAÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	165
O EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A (IN)IMAGINÁVEL REVOGAÇÃO DO FETICHE DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRODUTO DA LEI.....	187
A DISCIPLINA DOS AGRAVOS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	212
RECURSOS NO NOVO CPC: UM SISTEMA VOCACIONADO À SUPERAÇÃO DA ABSTRAÇÃO PROCESSUAL?	234
A SÚMULA 456 DO STF. A INTERPRETAÇÃO DADA PELO STF E O NOVO CPC.....	246
ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RECURSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – IMPRESSÕES INICIAIS.....	266

PREFÁCIO

Consagrando uma sequência de ações decorrentes do planejamento do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR, encerra-se o ano de 2015 com mais uma coletânea de trabalhos, resultados de pesquisas desenvolvidas por diversas Instituições de Ensino Superior, reafirmando o escopo de se integrar a produção científica da Universidade Paranaense com estudos que tem por fundamento a análise do acesso à Justiça e dos direitos fundamentais.

Partindo-se da premissa da importância da divulgação do conhecimento científico mas também da necessidade de se realizar uma interlocução de ideias a respeito de temas em comum, executou-se esta obra com a interligação da Universidade Paranaense – UNIPAR (a partir do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania) com as seguintes Universidades: Universidade Estadual de Londrina (UEL), Universidade Estadual Paulista (UNESP/Bauru), Centro Universitário de Bauru (ITE) e da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Diversos contatos entre professores das citadas Instituições foram sendo amadurecidos ao ponto de se concluir pela consolidação de trabalhos desenvolvidos dentro da temática proposta, culminando com a obra que ora se publica.

Como critério adotado para esta linha de publicações eletrônicas, a obra coletiva será disponibilizada gratuitamente aos participantes em arquivo PDF (Portable Document Format), sendo que o Mestrado em Direito Processual e Cidadania manterá a publicação em seu site.

Passamos a apresentar os trabalhos publicados neste volume:

A obra se inicia com artigo de autoria de José Laurindo de Souza Netto e Higor Oliveira Fagundes intitulado **A CENTRALIDADE DA JURISDIÇÃO COMO FONTE REVELADORA DO DIREITO: A BUSCA DA CIENTIFICIDADE PERDIDA**. O estudo parte da análise do papel desempenhado pela jurisdição no hodierno sistema jurídico pátrio. A substituição da centralidade, antes ocupada pela legislação, da jurisprudência e seus efeitos no que se refere a capacidade de criação judicial do direito. Estabelece-se ainda um diálogo entre disciplinas auxiliares na compreensão do direito, como sociologia e filosofia, em especial no desenvolvimento de uma teoria para a decisão judicial.

Na sequência, Vitor Augusto Gaioski Pagani e Caio Cezar Belotto tratam do tema **COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO AgRg NO EAREsp 166.481**. Considerando que o

objetivo processual é o de pacificar conflitos entre distintos pontos de vista, cabem aos tribunais em determinados momentos definir interpretações que sejam utilizadas como balizadores da pretensão individual. Neste quesito o artigo se dispõe a analisar uma destas vertentes no que se refere ao Embargos de Divergência, definindo situações com maior segurança jurídica e confiabilidade às decisões do tribunal.

Mariana Fernandes da Silva e Carlo José Napolitano trazem seu trabalho sob o título **CONCENTRAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DA LEI DE MEIOS DA ARGENTINA**. A partir da Lei de Meios argentina, promulgada em 2009, discute-se a concentração dos meios de comunicação, traçando um paralelo entre a realidade argentina e brasileira, pois o objetivo da legislação seria a democratização e horizontalização dos meios de comunicação. Esta análise passa a ser verificada sob a ótica da não mercantilização da informação, passando a ser considerada como direitos humanos e de acesso a todos.

No artigo intitulado **LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITOS DE PERSONALIDADE EM CONFLITO: ANÁLISE COMPARATIVA DAS DECISÕES PROFERIDOS PELO STF NA ADPF 130 E NA Rcl 9428** o autor Carlo José Napolitano traz para reflexão e debate uma análise comparativa das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento Fundamental 130 de 2009 e na Reclamação 9428, também de 2009. A primeira decisão resolve pela não recepção da Lei de Imprensa brasileira pela Constituição Federal de 1988, em situação de que esta gera um impasse com relação aos direitos fundamentais, situação que foi anversamente adotada na Reclamação, onde também havia o mesmo confronto de interesses.

Henrique Camacho no artigo **O ACESSO À JUSTIÇA E SUA EFETIVAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL** ressalta o posicionamento adotado para o Direito Fundamental frente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como sobre o Novo Código de Processo Civil. O posicionamento adotado pelo STJ, que é objeto de análise do referido artigo, ocorre no REsp 858.056, no qual amplia-se o conceito de acesso à justiça. Objetiva-se demonstrar reflexões que considerem a evolução da sociedade, em seus parâmetros jurídico-político, pois se tratam de tutela coletiva e tutela individual de direitos, tangenciando a defesa de direitos individuais e de direitos coletivos.

No texto **O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS NO BRASIL E A REFORMA POLÍTICA: CONTINUAREMOS NA CONTRAMÃO**, Ana Carla Izidoro de Moraes e

Tatiana Stroppa destacam que o ordenamento jurídico existente atualmente não é suficiente para controlar aspectos vinculados ao capitalismo financeiro, bem como salvaguardar os direitos de participação popular. O artigo explicita a evolução e diversos pontos de vista com relação ao processo eleitoral e o financiamento de campanhas. O artigo ainda analisa a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, proposta pelo Conselho Federal da OAB, que questiona o modelo atual de financiamento de campanhas, visto este não trazer igualdade desejada ao processo eleitoral, no que tange aos concorrentes.

Nathalia Favaro de Carvalho e Rozane da Rosa Cachapuz em seu artigo **UMA VISÃO HOLÍSTICA DA MEDIAÇÃO E A SUA APLICABILIDADE NO MEIO EMPRESARIAL** preconiza que com o crescimento populacional e de comércio mundial, houve também a criação de uma cultura do litígio, deslocando ao Estado a responsabilidade de solucioná-los. Sistema este que visivelmente necessita de ajustes para que possa funcionar a contento, situação em que se apresentam os institutos da Mediação e Arbitragem como alternativas funcionais para o descongestionamento do Poder Judiciário. Ambos institutos serão apresentados de acordo com suas características e potenciais benefícios ao plano empresarial.

Em artigo denominado **MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO E OS IMPACTOS NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS INTERNACIONAIS**, João Carlos Leal Júnior e Tania Lobo Muniz estudam as características fundamentais do Direito de Acesso à Justiça enquanto pertencente aos ordenamento jurídico internacional e sua presença nas declarações de Direitos Humanos. Este é analisado em contraposição à morosidade existente no sistema judicial brasileiro, que segundo os autores leva a perpetuação de injustiças e potencializando problemas no enquadramento ou relacionamento brasileiro com outros pontos do mercado global.

Miguel Etinger de Araujo Junior apresenta seu estudo sob o título **O PLURALISMO JURÍDICO E DIREITO NEGOCIAL EM CONFLITOS URBANOS NO SÉCULO XXI**, aborda a dificuldade com o tratamento da diversidade e os conflitos que isso produz, destacando seus efeitos na convivência urbana e a forma como o Poder Judiciário tem tratado do assunto, salientando a importância do Direito Urbanístico neste contexto.

Com o trabalho **A DECISÃO-SURPRESA NO RECURSO DE APELAÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**, Odilon Marques Garcia Junior trata dos efeitos da interpretação do princípio do contraditório para a construção de um modelo processual com garantir de princípios. Para tanto, o autor elege o tratamento da decisão-surpresa dando ênfase

no recurso de apelação, fazendo um paralelo entre a legislação processual representada pelos Códigos de 1973 e o de 2015.

Com o estudo intitulado **O EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A (IN)IMAGINÁVEL REVOGAÇÃO DO FETICHE DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRODUTO DA LEI**, Elaine Harzheim Macedo e Cristiana Zugno Pinto Ribeiro analisam se a mudança legislativa processual provoca alterações na seara recursal, em especial no que reflete ao efeito devolutivo do recurso de apelação, partindo de sua análise no contexto do CPC de 73 e o tratamento dado pelo novo CPC.

Marco Félix Jobim e Fabrício de Farias Carvalho apresentam o trabalho intitulado **A DISCIPLINA DOS AGRAVOS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**, por meio do qual apontam as mudanças provocadas pela nova legislação processual, indicando seus pontos positivos e negativos.

Por meio do trabalho sob o título **RECURSOS NO NOVO CPC: UM SISTEMA VOCACIONADO À SUPERACÃO DA ABSTRAÇÃO PROCESSUAL?**, Marcelo Garcia da Cunha parte da ampliação da litigiosidade e da garantia constitucional do direito à razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal), demonstrando a importância do tratamento do sistema recursal para o aprimoramento da administração da justiça.

José Miguel Garcia Medina e Rafael de Oliveira Guimarães, por sua vez, apresentam o trabalho intitulado **A SÚMULA 456 DO STF. A INTERPRETAÇÃO DADA PELO STF E O NOVO CPC**. O estudo demonstra a divergência interpretativa que o verbete da citada súmula tem recebido e a importância de se resgatar historicamente a sua criação, cotejando-a em função dos recursos especial e extraordinário e o seu processamento.

A obra é concluída com o estudo de Luiz Manoel Gomes Junior e Miriam Fecchio Chueiri, sob o título **ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RECURSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – IMPRESSÕES INICIAIS**. A partir de uma revisão panorâmica dos recursos e da forma como o novo Código de Processo Civil os vem regulamentar, os autores apontam as modificações realizadas e as analisam diante do direcionamento do processo para o aprimoramento da prestação jurisdicional.

Certos da continuidade desse processo integrativo de experiências de diversos polos de pesquisadores (Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo), traz-se à comunidade jurídica mais

uma importante fonte de experiências e reflexões científico-jurídicas, esperando-se atender a alguns objetivos da Pós-Graduação *Stricto Sensu*, dentre os quais o de compreender o Direito Processual na dialética e contínua evolução.

Nossas saudações aos autores e às Instituições de Ensino pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

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

Dr. Rafael de Oliveira Guimarães

Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e atualmente Bolsista CAPES Programa de Nacional de Pós-Doutorado - PNPd

A CENTRALIDADE DA JURISDIÇÃO COMO FONTE REVELADORA DO DIREITO: A BUSCA DA CIENTIFICIDADE PERDIDA

José Laurindo de Souza Netto¹

Higor Oliveira Fagundes²

1 INTRODUÇÃO

O problema que se levanta no presente artigo refere-se ao significado e a importância da aplicação do direito na atualidade. O objetivo é investigar a existência da passagem da centralidade da lei para a jurisdição³ e suas consequências no sistema jurídico.

A questão a ser entendida não é de demonstrar ou negar a criação judicial do direito, mas consiste em buscar níveis mínimos de cientificidade para a decisão, por intermédio de uma leitura interdisciplinar que permita uma interação entre os diversos campos do saber.

Relacionando a jurisdição com a hermenêutica, filosofia e sociologia, discorre-se sobre as evoluções das dessas categorias, sobretudo as suas rupturas epistemológicas. A perspectiva evolucionista foi adotada levando-se em consideração que “[o] conhecimento é uma aventura em aberto, o que significa que aquilo que saberemos amanhã é algo que desconhecemos hoje, e esse algo pode mudar as verdades de ontem.” (COUTINHO, 2014)

Através da contextualização dos saberes, estimulou-se um diálogo entre as vertentes explicitadas visando construir critérios que atendam às exigências de cientificidade para a jurisdição, combatendo, por isso, a sua volatilidade e os decisionismos.

A pesquisa é importante diante dos novos aportes teóricos surgidos com a evolução da complexidade da sociedade contemporânea, alinhando-se no eixo temático do Programa de Mestrado da Unipar. O interesse está na utilização prática dos temas abordados com implicações no sistema jurídico brasileiro, tão afetado e pela falta de previsibilidade e cientificidade das decisões, que indicam a relevância da pesquisa.

¹ Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Graduação do Curso de Direito do Grupo Uninter e do Curso de Mestrado da Universidade Paranaense (Unipar). Supervisor Pedagógico da Escola da Magistratura do Paraná. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR). E-mail: professorlaurindo@terra.com.br

² Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (Unipar). Membro do conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil - ABDP. Advogado sócio do escritório Fagundes Advogados Associados. E-mail: higorfagundes@hotmail.com

³ Neste sentido, FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Julgar não é gerenciar*. Folha de São Paulo. 26/09/2014. Opinião.Tendências/Debates. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opinioao/2014/09/1523485-tercio-sampaio-ferraz-junior-julgar-nao-e-gerenciar.shtml>. Acesso em 07/11/2014.

Assim, para se discutir esses assuntos, o artigo é apresentado em quatro capítulos: no primeiro, aborda-se a importância da aplicação do direito e a busca de sua cientificidade; no segundo, são analisadas as implicações da prevalência da jurisdição; nos demais, desvelam-se os pontos de interação entre as categoriais.

2 A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DO DIREITO NA ATUALIDADE

A atuação do poder jurisdicional tem assumido relevância nunca antes vista, sendo que as características do tempo que vivemos vêm modificando substancialmente o papel do direito, sobretudo na perspectiva da sua aplicação judiciária.

A importância crescente da justiça, com a explosão dos pedidos, fez com que ela se transformasse numa parte cotidiana do processo político. Para Garapon, o aumento do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social, originando-se da depressão social que se expressa e se reforça pela expansão do direito. (GARAPON, 2001, p. 19). Na atualidade, além de uma função técnico-científica, aos juízes se exige uma função axiológica, com a valoração das ideias que iluminam o direito.

O pensamento filosófico contemporâneo mais recente mostra a aplicação judiciária do direito, considerando o jurídico essencialmente na perspectiva do judiciário⁴. No dizer de Lênio Streck, “*é o império dos enunciados assertóricos que se sobrepõem à reflexão doutrinária.*”. (STRECK, 2010, p. 88)

Antoine Garapon assinala que “*o controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos mais relevantes deste final do século XX*” (GARAPON, 2001, p. 24).

A força normativa da Constituição e, especialmente, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional são fatores que explicam a prevalência da lei e o declínio da jurisdição.

A ampliação do acesso à Justiça e a expansão da litigiosidade pela tutela de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, são marcas inegáveis da difusão da jurisdição constitucional, a culminar com o chamado ativismo judicial.

Na transformação do Estado Liberal em Estado Constitucional (MORAIS, STRECK, 2010, p. 87) surgiu uma jurisdição caracterizada por uma nova dogmática de interpretação

⁴ Como fazem, por exemplo, Paul Rincœur (RINCOEUR, Paul. **Teoria da Interpretação**. Trad. Artur Morão. Edições 70, 1996) e John Rawls (RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1971).

baseada em princípios e direitos fundamentais. Neste contexto, a jurisdição assumiu função de constatar a adequação da lei aos comandos constitucionais, compreendendo e extraindo o significado compatível com os valores, através das técnicas de controle de constitucionalidade. Da lógica da subsunção da norma, passou-se para a lógica da ponderação dos princípios, os quais assumem o patamar de norma jurídica juntamente com as regras, tendo como conteúdo os valores.

A jurisdição surge então como um mecanismo para as sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram.

Entretanto, a tendência cientificista que alcançou o direito, com a extensão dos métodos das ciências sociais para as leis da “física social”, se mostra insuficiente para seu processo de legitimação.

A cientificidade, que nasceu com o pensamento positivista, advinda dos silogismos e justificada pela segurança pretendida, não se apresenta mais capaz para legitimar a jurisdição, a qual, imersa na subjetividade, reclama novo método de atuação para a construção de uma nova racionalidade.

A ponderação principiológica como fundamento traz consigo a problemática das peculiaridades e contingências dos casos concretos, exigindo uma justificativa dos critérios em que um princípio prevalece sobre outro. (ALEXY, 1999).

A busca da sua cientificidade passa, pois, pela motivação da decisão, operada no campo do conhecimento, o qual, alargado por métodos científicos orientadores da jurisdição, torna-se o instrumental adequado para enfrentar a crise de racionalidade.

No Século XIX, com a metafísica, Kant, influenciado pelas ideias do idealismo transcendental, apresenta a sua crítica da razão e mostra os limites do conhecimento. Na Crítica da Razão Pura (KANT, 1999), a obra mais significativa da filosofia moderna, mostra a existência de dois mundos: o mundo da experiência sentida e o mundo das coisas em si, incognoscíveis.

Para Kant o mundo seria aquilo que dele fazemos, não são os fatos que nos ditam, mas o valor que nós lhes atribuímos. Cossio aduz que ao interpretar “*não basta pensar na conduta como fato externo representado na lei, mas sim que tem que viver o sentido jurídico dessa conduta, recriando-o na sua própria consciência, sem o qual não pode conhecê-la como conduta porque esse conhecimento é compreensão de seu sentido*”. (COSSIO, 1964, p. 533)

O pensamento empirista, que dominou o espírito cientificista do Século XIX, situando o conhecimento na experiência adquirida pelos sentidos, influenciou o estudo dos fenômenos

sociais, regido pelo princípio da causalidade, pois todos os fenômenos dependeriam uns dos outros, relacionando-se reciprocamente.

A substituição do pensamento científico dominado pela ideia da causalidade e do rigor lógico formal pelo pensamento teleológico concebe a formação da jurisdição como resultante de aspirações sociais.

Nesse contexto, a necessidade de cientificidade da jurisdição se apresenta como exigência de convalidação e legitimidade, e está vinculada à aferição de correção das decisões, incidindo diretamente sobre a sua justificativa.

3 AS IMPLICAÇÕES DA PREVALÊNCIA DA JURISDIÇÃO COMO “CONDUTORES” OU “ISOLANTES” DE CIENTIFICIDADE

Dentre as implicações da prevalência da jurisdição, existem aquelas que se configuram como condutores de cientificidade, como a discricionariedade judicial, o consequencialismo e o contextualismo, e outras que ao contrário funcionam como “isolantes”, tais como os decisionismos, as arbitrariedades e a (in)segurança jurídica.

3.1 (In)segurança Jurídica

A noção da segurança jurídica adveio da Revolução Francesa pois segundo a ideia de Thomas Hobbes, a necessidade de segurança teria levado o homem a sair do estado de natureza para elaborar o pacto social, conduzindo-o à criação de um ordenamento social submetido à ordem jurídica. (HOBBS, 2006)

Como consequência das ideias individualistas, a jurisdição teve por base esta concepção de segurança jurídica, com a ideia de que o direito para ser ciência deve ser orientado por um método de obtenção de certeza e previsibilidade, a partir de uma concepção estática do processo.

A previsibilidade das decisões davam ao indivíduo a certeza e segurança de seus direitos, assentados nos postulados de liberdade e igualdade. De acordo com a filosofia política do Século XVIII, centrada no princípio da soberania nacional e separação dos poderes, somente a lei poderia limitar a liberdade dos indivíduos. Impossibilitava-se assim a jurisdição de participar da criação do direito, pois, de outro modo, estaria usurpando os poderes do legislador, único intérprete autorizado do direito natural.

A supremacia da lei tornou-se patente com a declaração de Robespierre feita na Sessão de 18.11.1790: “*Esta palavra jurisprudência dos tribunais... deve ser eliminada do nosso idioma. Num Estado que tenha uma constituição, uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não é outra coisa senão a lei.*” (Apud GENY, 1925, p. 88)

A compreensão da segurança jurídica, no quadro atual de prevalência da jurisdição, passa pela análise da natureza jurídica do processo. A explicação dada pela teoria da situação jurídica de James Goldschmidt, na obra *Prozess als Rechtslage* 1925, desvela a falsa noção de segurança trazida pela teoria do processo como relação jurídica estática, com direitos e deveres estabelecidos entre as partes e o juiz. (GOLDSCHMIDT, 2002)

Acentuando o dinamismo processual, a teoria revela a transformação da certeza própria e peculiar do direito material para a incerteza da atividade processual, pois considera o processo uma complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as chances que, bem aproveitadas, permite que a parte se liberte das cargas probatórias e caminhe em direção a uma decisão favorável. (LOPES JR., 2010, p. 43)

A teoria abala a segurança jurídica, pois conduz a uma “*epistemologia de incerteza*” (LOPES JR., 2010, p. 45), afetando, via de consequência, a previsibilidade da decisão.

Os riscos inerentes à realidade processual geram instabilidade à certeza da norma. Para Goldschmidt a incerteza é consubstancial às relações processuais, posto que a decisão judicial nunca pode ser prevista com segurança, diante da igualdade processual. (LOPES JR., 2010, p. 46) Insere-se, pois, a incerteza como elemento constitutivo da própria jurisdição, impossibilitando a previsão com segurança da decisão.

3.2. Arbitrariedade e Decisionismos

À época do absolutismo monárquico, o poder era exercido colocando-se em primeiro lugar a autoridade e depois a lei, cuja legitimidade repousava na circunstância de se configurar como expressão da vontade desta autoridade. A lei valia para traduzir a vontade do soberano, gerando um clima de insegurança social. A jurisdição, então, torna-se um preposto da vontade soberana, pois que os julgamentos se fundamentam na convicção pessoal do julgador, imperando suas convicções e experiências pessoais.

Entretanto, foi Carl Schmitt que esboçou o decisionismo como teoria jurídica, revelando as relações existentes entre direito e política. Para este pensamento, o fundamento

último do direito seria uma decisão política do soberano, e a fonte jurídica estaria no comando e autoridade de uma decisão final. (SCHMITT, 1934).

A jurisdição decisionista estabeleceria o justo através de uma decisão pessoal, segundo a ciência privada do julgador, podendo estar em conflito com a legalidade, previsibilidade e segurança que o Estado de Direito visa tutelar, revelando-se vazia de cientificidade e condutora de arbitrariedade. (MACEDO JR, 2001)

As máximas de experiência e senso comum do julgador configuram-se meramente como valores aproximativos da verdade⁵, sendo regras de experiência e cultura gerais, extraídas da observação da sociedade, não podendo conferir certeza e cientificidade diante da relatividade em que operam. (LOPES, 2002, p. 68-69)

A aplicação do direito baseada na teoria dos decisionismos dá margem a decisões fundadas em alto grau de subjetividade, resumindo-se, muitas vezes, à formatação do direito por intermédio da valoração essencialmente pessoal do julgador. (LORENZETTI, 2009, p. 33)

Tal postura conduziria à total imprevisibilidade e o incremento do arbítrio, com potencial perigo à cientificidade da jurisdição.

3.3 Discricionariedade judicial

Os debates acerca dos limites da discricionariedade cresceram na mesma proporção que se passou a discutir a expansão da jurisdição para a tutela dos direitos fundamentais. A jurisdição adquiriu conteúdo finalístico, com novos métodos de interpretar o texto normativo, com adoção de princípios programáticos e teleológicos, ocorrendo, assim, a expansão da discricionariedade judicial, diante da preocupação do Estado em materializar os direitos.

A discricionariedade não se confunde com a arbitrariedade. Discricionariedade existe quando há duas respostas jurídicas, cada qual igualmente correta no que tange ao direito, forçando então o juiz a fazer sua escolha em conformidade até mesmo com padrões extrajurídicos.

As decisões obrigatoriamente reclamam um certo grau razoável de inteligência, como uma atividade característica do próprio exercício da jurisdição, possuindo o juiz uma margem

⁵ Nesse sentido se posicionou Eduardo Couture para quem o progresso da ciência é constituído pela derrogação de algumas máximas de experiência por outras mais exatas e atuais. Em: COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma. 1974, p. 272-273.

de escolha, configurando-se, assim, um instrumento de libertação das amarras de um ordenamento estático que se torna conflitante com a realidade social.

Como adverte Lênio Streck, deveria ser despiciendo acentuar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma proibição de interpretar. (STRECK, 2010, p. 87) A discricionariedade cognitiva envolve o próprio raciocínio jurídico de interpretação da lei para sua aplicação, configurando-se no encadeamento de argumentos lógicos e axiológicos que embasam a fundamentação de uma decisão.

Para Mauro Cappelletti, a grande questão não seria discutir se existe ou não atitude criadora dos julgadores, mas sim o controle “*do grau de criatividade e dos modos, limites, aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais*”. (CAPPELLETTI, 1993, p. 20)

Para Hart, poderia, na ausência de vinculação legal, nos casos de omissão da lei, o juiz usar o poder discricionário para proferir a decisão, como forma de liberar-se dos casos concretos que urge resolver. Nos casos juridicamente não regulados, deveria então o juiz exercer o poder discricionário e criar direito novo. (HART, 1994, p. 6)

O juiz Hércules, de Dworkin, por meio do manejo dos princípios, se apresenta como potencial criador de direito novo, na medida em que a sua decisão for consistente com a história, submetendo-se ao imperativo da integridade. (DWORKIN, 1999)

3.4 Consequencialismo / contextualismo

Consequencialismo é uma vertente do pragmatismo jurídico que traz a figura do juiz preocupado em equilibrar a segurança que o direito visa conferir e a flexibilidade necessária para que eles possam melhorá-lo por meio das suas decisões. Traz consigo a proposta de condicionar a adequação jurídica de uma decisão à valoração das consequências vinculadas à decisão e as suas alternativas.

Apresenta-se como um critério científico (extrajurídico) de adequação através de uma orientação prospectiva-argumentativa, não bastando não se afastar das decisões tomadas em casos semelhantes do passado, sendo necessário compreender a decisão enquanto precedente para o futuro. Exige-se, pois, da jurisdição uma confrontação com o futuro, um diálogo com situações que se apresentam como imperiosas no seu enfrentamento, possibilitando, assim, um controle das suas proposições por intermédio da antecipação das consequências.

O contextualismo implica que qualquer proposição seja julgada a partir de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais, sendo que a preocupação de

contextualizar é diretriz imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.⁶

Na verificação dos fundamentos de cientificidade da jurisdição será sempre necessária uma análise retroativa, mas sobretudo uma postura voltada para frente, consubstanciando na compreensão dos resultados. O paradigma consequencialista exerce uma nítida função de controle quanto à justeza e ao impacto social provocado pela decisão. A metodologia comparativo-consequencialista permite a comparação entre as possíveis hipóteses de solução e seus respectivos desdobramentos no contexto social.

4 DA JURISDIÇÃO POSITIVISTA PARA A JURISDIÇÃO CRIADORA

4.1 Da jurisdição positivista

Nos Estados liberais a jurisdição refletia a filosofia individualista dos direitos. O modelo napoleônico de organização Estatal, então vigente, não se preocupava com as necessidades sociais, dirigindo atenções à exegese formal da dogmática. No iluminismo racionalista a norma estava desconectada de uma indagação de sua justiça intrínseca. O dogma da completude da lei não admitia a existência de lacunas como forma de evitar a distorção do espírito legal. A interpretação era vedada, sendo a tarefa da jurisdição voltada unicamente para resgatar o direito violado através da aplicação mecânica das normas, sob a lógica da subsunção e do silogismo.

O Estado Liberal sempre buscou uma jurisdição capaz de oferecer certeza e segurança, através de regras vinculantes, num processo decisório sistemático, legal, racional e formal. A racionalidade do modelo de cientificidade em que se fundamentou a jurisdição liberal individualista, lastreada numa concepção normativista, se apresentou como reação contra a magistratura exercida de forma parcial e abstrata, pela nobreza do antigo regime.

A jurisprudência dos conceitos (FERREIRA, LIMA, 2008, p. 02), desenvolvida por Georg Friedrich Puchta, na Alemanha, consistiu em uma corrente de pensamento jus-filosófico que apresentou a ideia do direito, como um sistema lógico-dedutivo edificado em conceitos que se comunicam numa estrutura sistêmica piramidal. O conceito inferior vem compreendido de acordo com o conceito superior a que se integra, desconsiderando o contexto em que se insere. Trata-se de uma maneira da ciência se referir a objetos que estão no mundo e, portanto,

⁶ Lei nº 12.376/2010. Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

o conceito não é parte da realidade em si, mas do modelo explicativo que a ciência cria. Essa análise de extração dos conceitos fundamentais das normas jurídicas foi considerada o primeiro passo na construção de uma ciência do direito, pois considerava os textos legais como suporte de significações do legislador.

A visão reducionista do direito como um sistema completo e autossuficiente possibilitou à jurisdição apenas uma interpretação exegética. Com o formalismo lógico da lei, lhe foi retirada qualquer possibilidade criativa, pois com o rigor conceitual seriam desnecessárias considerações de justiça material dos resultados.

4.2 Da jurisdição transformadora

Após a revolução industrial da Inglaterra, com o surgimento do capitalismo, o liberalismo se revelou ineficiente para os problemas vitais. O declínio do liberalismo fez emergir o Estado Social intervencionista. O liberalismo econômico e o individualismo filosófico do século XIX foram transformados no intervencionismo social keynesiano e no solidarismo do século XX.

Neste período superou-se a concepção de que as questões ideológicas e políticas do Estado estariam apartadas e fora do alcance do controle jurisdicional, conferindo à jurisdição um papel ativo para equalizar os interesses. Nesta concepção o (neo)constitucionalismo se apresentou como superação do positivismo jurídico. (SANCHÍS, 2008, p. 325-353). Segundo Lenio Luiz Streck “... *significa ruptura, tanto com o positivismo como o modelo de constitucionalismo liberal (...).*” (STRECK, 2009, p. 8-9)

Esta nova configuração estatal propõe uma ampliação do rol dos intérpretes da Constituição para incluir outras instâncias, o que favorece a consolidação de uma ordem democrática preocupada com a concretização, efetivação e aplicação dos direitos fundamentais.

A extração do significado, a partir dos direitos fundamentais, exigiu da jurisdição tutela e proteção como deveres de atuação em prol da efetividade. A atuação judicial se tornou, pois, exigência de um direito à tutela efetiva, cabendo a jurisdição assegurá-la adequadamente.

Com a necessidade de extração do significado constitucional da norma, numa concepção semântica, alterou-se substancialmente o papel da jurisdição, fazendo a moral parte do ponto de vista interno do direito. Além de uma função técnica-científica, à jurisdição foi exigida uma função axiológica, voltada para os efeitos, trazendo como consequência o risco da falta de controle jurídico das decisões, e a possibilidade de que casos iguais sejam tratados de maneira desigual, com a desestabilização das expectativas.

5 DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA PARA A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

A palavra hermenêutica etimologicamente remonta ao verbo grego *hermeneuein* (interpretar) e ao substantivo *hermeneia* (interpretação). O estudo da hermenêutica pode ser dividido em duas fases. Aquela clássica que engloba a teleológica, a época grega, o período romano, a baixa Idade Média e a idade Moderna, e aquela filosófica que, a partir de Scheleiermacher, culmina com as obras “Ser e Tempo” de Heidegger e “Verdade e Método”, de Gadamer. (MACIEL, 2010, p. 364).

5.1 Hermenêutica clássica

Inicialmente relacionada aos oráculos, a hermenêutica mantém estreita ligação com a interpretação de textos religiosos, confundindo-se com a própria história do cristianismo. O termo apareceu nas obras de Platão, Aristóteles, Xenofonte, Plutarco, Eurípedes e outros, estando voltada para a transmissão de uma mensagem entendida muito mais como técnica, com a função de esclarecer, traduzir algo que não estava claro. (MACIEL, 2010, p. 365-366).

A partir do império romano as normas passaram a ser interpretados pelos prudentes que “*em busca da ‘prudentia’ na solução de casos concretos, não se contentavam em entender o texto da lei, mas buscavam compreender o seu significado nos efeitos práticos produzidos na vida das pessoas, formando a jurisprudentia (juris prudente)*”. (MACIEL, 2010, p. 368).

A grande força criadora do direito romano ocorreu com a interpretação. Miguel Reale assevera que a decadência do mundo romano começou quando a lei passou a prevalecer sobre jurisdição como fonte reveladora do direito. (REALE, 1973, p. 170)

Na idade média, os glosadores e pós-glosadores no Século XI reelaboraram os textos romanos do *Corpus Iuris Civilis*, e, utilizando-se de um método gramatical-filosófico, delinearão o início de uma doutrina de interpretação.

Na idade moderna, as tradicionais escolas de interpretação (exegese e dogmática) floresceram num campo de elevado grau de legalismo, visando preservar os postulados de segurança jurídica. Assim, leva-se às últimas consequências a teoria da separação dos poderes com o entendimento de que se o juiz tivesse liberdade para interpretar poderia ocorrer a tirania, por isso a submissão do magistrado ao legislador.

A jurisdição deveria apenas buscar a chamada a vontade do legislador, com a utilização do método gramatical ou literal, pois não aceitava quaisquer outras fontes senão a própria lei, representando todo o Direito existente, considerada obra perfeita e completa, não se aventando a possibilidade da atividade criativa da jurisprudência.

No final do século XIX, com a visão humanista da escola histórico-evolutiva passou-se a ver como imprescindível a atuação do magistrado no auxílio do legislador, adaptando a norma aos novos tempos, buscando-se a vontade autônoma da própria lei, extraída pela jurisdição, com a ideia principal de adaptar a velha lei.

As atenções foram voltadas para a finalidade social do direito, concebido como fato social. A atuação da jurisdição liberta-se, então, das estritas amarras da lei, dirigindo-se para as finalidades prementes da sociedade. Nasce assim a conexão entre direito e sociedade, com a formação das escolas do direito livre, jurisprudência dos interesses, livre investigação científica e jurisprudência sociológica.

5.2 Hermenêutica filosófica

Somente com a cientificização do direito teorizou-se sobre a hermenêutica filosófica. A partir das ideias de Husserl⁷ e Heidegger⁸, a hermenêutica entrou ‘no vasto campo das problemáticas filosóficas’, superando assim a base epistemológica da filosofia da consciência.

O pensamento da diferença ontológica que perpassa toda a obra de Heidegger é ponto de partida para sua crítica ao mundo contemporâneo. (HEIDEGGER, 1957, p. 282). Trata-se de buscar um novo modelo de pensar, em que o ser não é um ente, logo, não pode ser pensado do mesmo modo.

Hilton Japiassu define círculo hermenêutico como “o método hermenêutico ou interpretativo” segundo o qual “toda compreensão do mundo implica a compreensão da existência e reciprocidade”. (JAPIASSU, 1996, p.45) O círculo hermenêutico foi tratado por vários jus filósofos, tendo sua ideia sido desenvolvida por Friedrich Schleiermacher, Martin Heidegger e Georg Gadamer.

⁷ Para Husserl, a fenomenologia é um método e uma atitude (Denkhaltung): a atitude especificamente filosófica, o método especificamente filosófico (Idee der Phän., «Husserlinn» II, Haia, 1950, p. 23). HUSSERL, Edmund. **Meditações Cartesianas: Introdução à Fenomenologia**. Trad. Frank de Oliveira, São Paulo: Madras, 2001, p.21/23.

⁸ Presentes sobretudo nas obras: HEIDEGGER, Martin. **Identité et Différence**, In: Questions I, Paris, Gallimard, 1957 e HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I, trad. Márcia de Sá Cavalcante, 8ª Ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

Segundo as ideias de Heidegger, o conhecer existencial só se dá com a compreensão do ser-ai. Compreender é dar sentido ao mundo para transformá-lo a partir do Dasein, entendido como “*o ente que cada um de nós somos e, que entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar*”. (HEIDEGGER, 1999, p. 38) Dasein ou ser-ai é o termo por ele utilizado para retratar a existência da realidade humana. (HEIDEGGER, 1999, p. 32)

A compreensão seria o aperfeiçoamento de uma antecipação, dado pela pré-compreensão, sujeita a alterações. Os valores anteriores (pré-compreensão) que o homem possui em função de estar no “mundo” são instrumentos para adquirir consciência.

Gadamer também destaca uma necessidade de uma pré-compreensão, apresentando uma hermenêutica essencialmente filosófica, baseada na relação entre compreensão, interpretação e aplicação. O intérprete, na visão de Gadamer “*não deve ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta na qual se encontra*”. Compreender para Gadamer seria reconhecer um sentido vigente na aplicação, pois a compreensão da lei se expressa em cada situação concreta e de maneira nova e distinta. (GADAMER, 1997, p. 487)

6 DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA À FILOSOFIA DA LINGUAGEM

6.1 Filosofia da consciência

O pensamento jurídico, a partir da modernidade, começa pela origem do paradigma da filosofia da consciência.

Segundo Agostinho Ramalho: “*a noção de sujeito enquanto sujeito cognoscente, agente do processo do conhecimento e como tal referindo a um objeto suposto cognoscível, ou seja, apreensível pelo conhecimento racional e pela atividade de investigação científica, é um produto da modernidade*”. (MARQUES, 1994, p. 79 e ss.).

Para esta matriz de pensamento, a construção cognitiva da realidade ocorre com o sujeito, sendo o processo de conhecimento intermediado pela consciência humana.

As categorias do pensamento kantiano exerceram forte influência no paradigma da consciência, principalmente pela construção de um sistema de metafísica fundado num “procedimento do motivo da razão pura” (KANT, 1999, pg. 48).

Na relação entre o sujeito cognoscente e o objeto, o criticismo kantiano procurou revelar as possibilidades e os limites do conhecimento que estão vinculados à percepção.

Na atualidade cresce a corrente que contesta a razão universalista moderna, considerada hegemônica e dominante. (LUCHI, 1999, p.20)

Habermas retém que a filosofia da consciência está esgotada para o pensamento crítico da sociedade contemporânea, trazendo a ideia da racionalidade comunicativa como resgate da modernidade.

Para Lênio Streck, o paradigma da consciência concebe o direito como aquilo que a jurisdição quer que ele seja, numa concepção de mundo que entende o modo de decidir como vontade do intérprete, possibilitando discricionariedades e arbitrariedades. O autor assevera que a utilização exacerbada e sem controle de princípios constitucionais tem sido instrumento para exercício da mais ampla discricionariedade. (STRECK, 2010, p. 48) Identifica no neoconstitucionalismo uma tendência a estabelecer que a jurisdição deve decidir segundo aquilo que ela sente, de acordo com a sua consciência e da forma como melhor lhe aprover. Compreende o livre convencimento como “*fruto do casamento do positivismo jurídico com a filosofia da consciência*”. (STRECK, 2010, p. 50-51). O autor adverte que: “*o que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende e não pode depender de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto) como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete.*” (STRECK, 2010, p. 87).

6.2 Filosofia da linguagem

O esgotamento do paradigma da filosofia da consciência ou da razão fulcrada no sujeito conduz a uma transformação em direção ao paradigma da filosofia da linguagem. A partir da terceira década do século XX, a filosofia da linguagem configura-se como um novo paradigma da filosofia, ocorrendo o giro linguístico pragmático.

A linguagem é objeto de estudo de várias ciências que consideram o signo como referencial inicial. Lucia Santaella e Winfried North trazem o conceito de signo de Charles Sanders Peirce como “*aquilo que sob certo aspecto ou modo representa algo para alguém*”. (SANTANELLA, NORTH, 1999, p. 46) A semiótica é definida por North como “*a ciência dos signos e dos processos significativos (semiose) a natureza e na cultura*” (SANTANELLA, NORTH, 1999, p. 46). Levinson divide a semiótica em sintática ou sintaxe, que trata do “estudo das propriedades combinatórias das palavras e suas partes”; em semântica que aborda o “estudo do significado”; e em pragmática que cuida do estudo linguístico. (LEVINSON, 2007, p. 6).

A sintaxe limita-se, assim, a dimensão sígnica da linguagem, ou seja, a uma abordagem meramente linguístico-gramatical, importando o conjunto de palavras significativas que expressam uma ideia.

A semântica se preocupa com a dimensão proposicional da linguagem, ou seja, o significado de um enunciado. A pragmática preocupa-se com o uso dos signos, isto é, com a relação entre os signos e os sujeitos da linguagem, ou com o intérprete e sua relação contextual com os signos.

No âmbito da jurisdição, a pragmática cuida das formas de comunicação e os procedimentos utilizados na decisão jurídica, fornecendo critérios para a determinação do significado da regra jurídica.

Ocupa-se, assim, da análise dos contextos em que as normas jurídicas são produzidas e utilizadas para a constatação dos seus sentidos, adquirindo uma concepção antimecanicista e antilinear.

O modo de pensar semântico-pragmático pressupõe a variação dos sentidos em função da situação comunicativa, pois a relação existente não é mais entre sujeito-objeto, mas entre sujeito-sujeito.

Nessa concepção, as teorias consensuais da verdade e do agir comunicativo elaboradas por Habermas (HABERMAS, 1990, p. 123-125) ganham relevo, pois enquanto o agir comunicativo afasta a possibilidade da significação se estabelecida fora do processo de comunicação, o consenso ocorre apenas quando o falante tenta fazer-se entender pelo ouvinte, e este aceita o que foi dito.

7 DA SOCIOLOGIA CLÁSSICA PARA A SOCIOLOGIA CRÍTICA

7.1 Sociologia clássica

A sociologia clássica nasceu no contexto positivista. Teve seu início com Auguste Comte,⁹ quem lhe deu a definição de objeto e método. Era considerada “Física Social”, e tinha a metodologia de investigação da ciência da natureza biológica (biologia, antropologia). Inspirava-se no Darwinismo social, que acreditava na evolução da espécie para aperfeiçoar e garantir a sobrevivência, ou seja, na competição natural que resultaria na sobrevivência dos seres mais aptos e evoluídos.

⁹ Por exemplo, em COMTE, A. **Systeme de politique positive ou traité de Sociologie instituant la Religion de l'Humanité**. 3ème ed. 4 v. Paris : Larousse, 1890.

Tende-se a ver nas escolas positivistas o começo da sociologia como uma nova disciplina, um conjunto de discurso autônomo, ligado às ideias desenvolvidas no âmbito da filosofia política e liberal clássica da Europa do Século XVIII e XIX. O método positivista da sociologia buscava descrever objetivamente a realidade social, propiciando a exatidão do conhecimento sociológico através da preservação do distanciamento entre sujeito e objeto, bem como através da neutralidade axiológica.

As ideias do “fato social” e “coerção social”, trazidas por Émile Durkheim, em sua obra “Regras do Método Sociológico” (1895) (DURKHEIM, 2002) e o pensamento sociológico voltado para a diversidade de Max Weber¹⁰ conduzem os estudos da sociologia a um estágio mais avançado, superando o darwinismo social.

A elaboração pragmática dos pressupostos sociológicos para uma teoria da jurisdição ocorreram no quadro desta concepção liberal do Estado de Direito, sobre as ideias dos princípios humanitários iluministas.

7.2. Sociologia crítica

A partir dos anos 30, a sociologia contemporânea caracterizou-se pela tendência a superar as teorias próprias do positivismo. Numa reviravolta teórico-conceitual, Nikklas Luhmann apresentou o pensamento sistêmico como radical revisão dos postulados da teoria sociológica tradicional. (LUHMANN, 1980).

Desvinculado da filosofia da consciência, apresentou uma visão autonomizada e autopoiética da sociedade. Luhmann afirmou que o comportamento social em um mundo altamente complexo exigiria a efetivação das expectativas comportamentais. O direito seria visto como uma estrutura que define os limites das interações na sociedade, permitindo que cada ser humano possa esperar, com um mínimo de garantia, o comportamento do outro e vice-versa. No livro “Legitimação pelo procedimento” Luhmann defendeu que a estrutura direito só pode ser chamada de legítima quando for capaz de produzir a aceitação generalizada de suas decisões. (LUHMANN, 1980).

A partir da teoria dos sistemas de Luhmann, os precedentes judiciais transformaram-se em referência para a interpretação do próprio direito em decisões subsequentes. O precedente judicial é um fenômeno que nasce das circunstâncias que embasam o conflito, sendo adotado

¹⁰ Presente sobretudo nas obras: WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Pioneira das Ciências Sociais, 1999. _____. **Ciência e política: duas vocações**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Obra-Prima de Cada Autor, 80). _____. **Sobre a teoria das ciências sociais**. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Moraes, 1991.

como técnica de estabilização do ordenamento jurídico. (WAMBIER, 2008). Os efeitos do seu caráter vinculante é o ponto de partida para a análise da autoapoiese do direito, na qual está atrelado, na medida em que a legitimação decisional vem consubstanciada na possibilidade de aplicações em casos subsequentes e análogos.

8 CONCLUSÃO

A tarefa da jurisdição se agigantou diante da lei em decorrência do grau de complexidade e desenvolvimento da sociedade e das novas necessidades carecedoras de regulamentação.

Com a incorporação dos direitos e princípios fundamentais na Constituição Federal, e a solidificação da ideia de que o justo só ocorre no caso concreto, a jurisdição, instrumentalizada pelas aspirações sociais, apresenta-se prestigiada em relação à lei como fonte reveladora do direito.

Entretanto, impõe-se advertir que a prevalência da jurisdição não permite o juiz o poder de livre criação do direito, a seu bel prazer, pois tal postura conduziria à total imprevisibilidade e ao incremento do arbítrio, com potencial prejuízo à igualdade substancial das partes e ao princípio da certeza jurídica.

A sociedade complexa pugna por uma objetividade científica na racionalidade jurisdicional, como condição de possibilidade de um modelo de um conhecimento crítico da realidade.

As exigências de racionalidade, de cientificidade devem ser inseridas na práxis judiciária, para dar bases aceitáveis à decisão feita a partir da construção empírica do fato.

Todo fenômeno jurídico é invariavelmente um fenômeno social, sendo que a regulação da sociedade através da jurisdição parte das práticas sociais e não o contrário. A jurisdição, enquanto complexo de regulação da vida social interfere na configuração das relações em sociedade, pois o juiz interpreta a consciência social e, ao fazê-lo, ele modifica a consciência que interpreta.

O verdadeiro problema da cientificidade, portanto, consiste em compreender o raciocínio do juiz à luz das garantias de racionalidade e razoabilidade, ciente de que a interpretação da lei pela jurisdição resultará em posição de significados, ocultando sempre uma opção axiológica.

O repensar epistemológico permite a possibilidade de inserir novos paradigmas e novos padrões jurídicos articulados de maneira a alcançar patamares mínimos de

cientificidade. Os princípios epistêmicos propostos por uma jurisdição científica têm por objetivo trazer à plena consciência os objetivos não declarados do sistema jurídico.

A ideologia da segurança significa maior estabilidade, mas o direito deve ser dinâmico, acompanhando as várias transformações que ocorrem na sociedade, devendo por isso, às vezes, ser sacrificada a segurança em prol de outros valores sociais de justiça material mais prementes.

A discricionariedade judicial não se confunde com a arbitrariedade, configurando-se como uma atividade intelectual que permite a criação do direito.

Nenhuma lei deve ser compreendida sem o conhecimento das condições efetivas, pois o sentido da lei depende das circunstâncias em que foi elaborada e o fim que procurou atingir. Daí porque na jurisdição ter-se-á sempre presente as circunstâncias e as consequências da finalidade visada pelo direito.

O pensamento lógico-dedutivo esvaziou o papel criador da jurisdição, fechando o Direito da influência de outras ciências. A ausência de transdisciplinariedade levou a jurisdição a uma falta da compreensão da realidade enquanto interconexão de saberes.

A hermenêutica jurídica filosófica instrumentaliza a jurisdição para a criação de significante como uma instância reveladora dos pressupostos ideológicos das leis. Nessa perspectiva, a aplicação do direito passa a ser vista como um processo criativo do intérprete que implica uma anterior pré-compreensão que deve ter em conta as condições individuais e sociais que penetram no compreender jurídico. Constatase, então, que o juiz não apenas aplica a lei em concreto, mas colabora ele mesmo, através de sua decisão, para a renovação do Direito. A circularidade hermenêutica também se configura como uma ferramenta indispensável para o controle das arbitrariedades.

No processo da escolha de significantes, a filosofia da linguagem serve para revelar como o juiz imuniza a decisão com elementos retóricos.

A análise da relação entre precedente judicial e autopoiese, estabelecida na matriz teórica da teoria dos sistemas de Luhmann concebe o precedente judicial como instrumento de diminuição de complexidade da sociedade e como critério de cientificidade.

A construção de cientificidade da jurisdição se torna imperiosa para a sua possível utilização para casos futuros similares, passando pela substituição da operação normativa-dedutiva para aquela casuística indutiva, se situando na *ratio decidendi* da motivação.

9 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad: Ereito Ganzón Valdez. Madrid, 1999.
- ANDRADE, Cristiano José de. **A hermenêutica jurídica no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- ARENDT, Hanna. **Condition de l'homme moderne**. Traduzido do inglês por Georges Fradier. Paris, Calmann-Lévy, 1961 e 1983.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- BASTOS, Cleverson Leite. CANDIOTTO, Kleber B. B. **Filosofia da Linguagem**. Petrópolis: Vozes, 2007.
- BOUVIER, Pierre. **Le lien social**. Paris, Gallimard, 2005.
- BREZZI, Francesca. **Dizionario dei termini e dei concetti fiolofici**. Roma, Tascabili Economici Newton, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- COELHO NETTO, J. Teixeira. **Semiótica, Informação e Comunicação: diagrama da teoria do signo**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.
- COMTE, A. **Système de politique positive ou traité de Sociologie instituant la Religion**
- COSSIO, Carlos. **Teoria Ecológica Del derecho y El Concepto Jurídico de Libertad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964
- COUTINHO, João Pereira. **Será que Deus existe?** Publicado em Folha de São Paulo em 23/09/2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/joaopereiracoutinho/2014/09/1520303-sera-que-deus-existe.shtml>. Acesso em 11/11/2014., às 10hrs e 22min.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Depalma. 1974.
- de l'Humanité**. 3ème ed. 4 v. Paris : Larousse. 1890.
- DURKHEIM, Émile. **Les règles de la méthode sociologique**. Paris: Flammarion, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **La giustizia in toga**. Roma, Laterza, 2010.
- _____. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999
- EDELMAN, Bernard. **Quand les juristes inventent le réel: la fabulation juridique**. Paris: Hérmann Éditeurs, 2007.
- FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. In: Anais do Simpósio Nacional de Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional, 20 a 22 de maio de 2010. Tradução de André Karam Trindade. Conceito Editorial.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Julgar não é gerenciar**. Folha de São Paulo. 26/09/2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2014/09/1523485-tercio-sampaio-ferraz-junior-julgar-nao-e-gerenciar.shtml>. Acesso em 07/11/2014.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser e LIMA, Maria Beatriz Gomes de. **História do pensamento jurídico: hermenêutica e modernidade**. Publicado em 10/01/2008. In: <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/25241.html>.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meuer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001

GENY, Francisco. **Método de interpretación y fuentes de derecho privado político**. 2ª edição, Madrid, ed. Reus, 1925.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Identité ET Différence**, In: Questions I, Paris, Gallimard, 1957.

_____. **Ser e Tempo**. Parte I, trad. Márcia de Sá Cavalcante, 8ª Ed., Petrópolis: Vozes, 1999

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

HUSSERL, Edmund. **Meditações Cartesianas: Introdução à Fenomenologia**. Trad. Frank de Oliveira, São Paulo: Madras, 2001.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 4ª Edição revista e atualizada da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

JAPIASSU, Hilton. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3ª Ed. Rev e ampliada. RJ: Jorge Zahar, 1996.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Col. os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KNAPP, Viktor. **La scienza del diritto**. Roma: Laterza, 1978.

LEVINSON, Stephen. C. **Pragmática**. Trad. Aníbal Mari & Luis Carlos Borges. . Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2007.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I. 5ª Edição Revista e Atualizada até Janeiro/2010. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: RT. 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. São Paulo: RT, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição. Brasília. UNB, 1980

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad 2 (2001).

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional na História do Direito**. In: *Hermenêutica Constitucional aos 22 anos do Grupo de Estudo Maria*

Garcia. Org. Jerson Carneiro Gonçalves Jr., Lucia Elena Polleti bettini, Eduardo Ribeiro Moreira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido.** Florianópolis: Habitus Editora, 2008.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social.** Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Temas de filosofia do direito: decisão, argumentação e ensino.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de & STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NALINI, José Renato (coord.). **Curso de Deontologia da Magistratura.** São Paulo: Saraiva, 1992.

OLVEIRA JR., José Alcebíades. **Política do direito e juridicização da política.** In: Sequência: estudos políticos e jurídicos. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Volume 17, nº 32, 1996.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático.** 1ª Edição. São Paulo: Editora Manole, 2002.

_____. **Sociologia do processo civil: as novas lides e o processo civil.** 1ª Edição. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica e Editora, 2013.

PINTO, João Batista Moreira. **Direito e novos movimentos sociais.** São Paulo: Acadêmica, 1992.

PROGREBINSCHI, Thamy. **O que é pragmatismo jurídico.** Disponível em <http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>. Acesso em 11/11/2014 às 10hrs 54 min.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **A Theory of Justice.** Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** São Paulo, Editora José Bufhatsky, 1973.

Revista Dix-Huitième Siècle nº21. **Montesquieu et la Révolution.** Société française d'étude du 18 siècle, 1989.

RINCOEUR, Paul. **Teoria da Interpretação.** Trad. Artur Morão. Edições 70, 1996

SANCHÍS, Luis Piëto. **‘Principio júris’ – Uma teoria Del derecho no Neo-constitucionalista para el Estado Constitucional.Doxa.** Cuadernos de Filosofia Del Derecho, Alicante, nº 31, 2008.

SANTAELLA, Lucia & NÖTH, Winfried. **Semiótica: Bibliografia Comentada.** São Paulo: Experimento, 1999

SANTOS, Boaventura de Souza. CHAUI, Marilena. **Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento.** São Paulo: Cortez, 2013.

SCHMITT, Carl. **Über die drei arten des rechtswissenschaftlichen.** Hamburg : Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. **Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem**. Em Revista de Direito Administrativo nº 248, 1988.

SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2ª Edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARDE, Gabriel. **Les transformations du droit: étude sociologique**. Paris: Berg International Editeurs, 1994.

TARUFFO, Michele. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**. Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como Aula Magna dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação no ano letivo de 2001. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: Edição do IBEJ, 2001.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo n.179. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Pioneira das Ciências Sociais, 1999.

_____. **Ciência e política: duas vocações**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Obra-Prima de Cada Autor, 80).

_____. **Sobre a teoria das ciências sociais**. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Moraes, 1991.

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO AgRg NO EAREsp 166.481

Vitor Augusto Gaioski Pagani ¹¹
Caio Cezar Bellotto ¹²

1 INTRODUÇÃO

O conflito existente nas relações humanas, inexoravelmente, serve a gerar meios propícios a insatisfação do indivíduo. Não obstante, é do feitio do homem não tão somente se colocar em questionamento, como, outrossim, colocar em dúvida as posições como os outros homens administram suas respectivas perspectivas sobre inúmeros temas.

No campo jurídico, por sua vez, tal ensejo é basilar à propulsão da modificação, ou, ainda, da transformação dos movimentos sociais. O repúdio ao conformismo faz do homem um ser naturalmente inconformado e, como não poderia ocorrer de forma diversa, o direito absorve estas premissas, gerando, pois, métodos de revisar as decisões, utilizando-se de várias facetas para tanto.

Neste espeque, nos debruçando sobre os Embargos de Divergência, recurso este, manifestamente voltado a solidificar o posicionamento de determinado tribunal acerca de uma matéria, com o fito de conferir segurança e credibilidade ao tribunal, nos deparamos com situações em que os órgãos colegiados dos tribunais deverão conferir limitações às insatisfações do recebimento de uma decisão.

Reflita-se, por imperioso, que tais modulações relativas ao abalçamento dos limites a serem conferidos para o fim de se insurgir contra um juízo, devem obedecer o bom grado de não impedir a demasiada modificação do direito, no sentido deste simplesmente interromper seu andar de mãos dadas com a sociedade em conflito, ao passo que, igualmente, não podem deixar de reservar uma parcela de garantia aos tribunais, sob pena de se insatisfazer a confiabilidade dos mesmos.

2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO: A FINALIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E SUAS CRÍTICAS

¹¹ Mestrando do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR.

¹² Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR.

Sempre vítima de um número deveras considerável de censores, os Embargos de Divergência são fruto de uma comparável evolução recursal no que tange ao extinto Recurso de Revista dos tribunais superiores, e suas aplicações desde o momento imperial havido em nosso país. Conforme lembra Araken de Assis (2008, p. 830), existiam ao menos dois fatores que repudiavam o supramencionado recurso de sua inclusão no vigente Código de Processo Civil, a saber: a) a provocação da rigidez da jurisprudência, impedida de evoluir em sua naturalidade; b) a impossibilidade de a revista reverter contradições já existentes, tendo em vista que o recurso viria a recompor única e exclusivamente o aresto objurgado.

É em detrimento das máximas acima que os Embargos de Divergência apenas se afiguraram de forma expressa e inquestionável no bojo do Código de Processo Civil à partir da promulgação da Lei 8.950/1994, que, por seu turno, outorgou a qualidade deste recurso na condição de autônomo, regulamentando, ainda, no corpo do diploma processual civil, as hipóteses de interposição no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Por ser, com efeito, uma norma expressa com menos de vinte anos, é certo que muitos questionamentos surgiram em razão de sua tenra existência e, no mais, ainda hoje se demonstra mister analisar uma série de outras particularidades que apenas a construção doutrinária e jurisprudencial têm o condão de refletir.

Para que se constate os verdadeiros escopos de atuação do recurso ora em estudo, é curial que se reconheça, desde logo, que o mesmo apenas se destina a realizar a aniquilação da desarmonia jurisprudencial existente nos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. É inarredável à análise dos Embargos de Divergência, então, ponderar que o mesmo é um instrumento idealizador da uniformização jurisprudencial em sede dos tribunais superiores.

Regressando às críticas pejorativas ao instituto, não é demais lembrar que os Embargos de Divergência, sempre quando inserido em momentos de reformulação e revisão do modelo processual recursal pátrio, possuem a desaprovação de sua continuidade por seleta parcela de avaliadores, no sentido de que sua utilização seria inválida, ou mesmo, imprestável aos modelos contemporâneos de recorribilidade.

Mister salientar, inclusive, que para alguns críticos ferrenhos, os Embargos de Divergência acabariam por repetir a função do Recurso Especial, ou, do mesmo modo, do instituto de uniformização de jurisprudência, como bem lembrado por Eduardo Arruda Alvim (ALVIM, 2012, p. 2109), substancialmente no que se funda à comparação no aspecto de

eliminação de dissídio jurisprudencial, fato este que não apenas não justificaria sua manutenção, como, para os mais fervorosos depreciadores, não colocaria supedâneo nem mesmo à sua criação, nos termos do comando constitucional que já previu, no campo do Recurso Especial (art. 105, III, da Constituição Federal), a unidade jurisprudencial.

De toda esta perfunctória, mas não desprezível análise primária, resta necessário admitir que os Embargos de Divergência possuem função crucial para a organização do entendimento jurisprudencial interno dos tribunais superiores. Entrementes, nunca é demais salientar que todo instituto jurídico sem seus poderes de atribuição regulados com parcimônia são um ambiente farto para infaustas possibilidades aptas a tergiversar a verdadeira natureza do objeto.

3.1 DAS LIMITAÇÕES DA INTERPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Conforme já refletido anteriormente neste trabalho, os Embargos de Divergência servem, em síntese, a uniformizarem a jurisprudência interna de um tribunal. Em virtude deste motivo que se deduz ser ampla e sobejamente necessário evitar a banalização deste instituto. Com vistas a preservar, pois, esta via de insurgência, demonstrou-se ao longo dos anos que o Superior Tribunal de Justiça sempre entendeu como imperiosa a restrição das hipóteses de cabimento deste recurso.

Prova disto, e, sem margem à demais dúvidas, nos moldes do exposto pormenorizadamente por Humberto Theodoro Junior (2012, p. 722), são as muitas decisões limitadoras que impedem a vulgarização dos Embargos de Divergência. Dentre elas, é de bom alvitre citar as quais julgamos mais relevantes para, nos tópicos futuros, pontuarmos a decisão objeto de análise deste estudo¹³.

É inegável que as hipóteses de inadmissibilidade e interposição são extensas. Notadamente, deve existir uma motivação para o Superior Tribunal de Justiça, ao longo de sua relação com o novel recurso, manter um viés mais resguardado para este que ora nos debruçamos a estudar.

¹³ Serão demonstradas à seguir, nesta ordem, a matéria relativa ao impedimento e seu consentâneo julgado: a) decisão que impede a oposição que verse sobre a admissibilidade de Recurso Especial (EResp 626.687/RN e EREsp 855.687/RS); b) decisão que impede a oposição que vise discutir acórdão proferido em sede de medida cautelar (AgRg, nos EDcl na Pet. 6.687/MG); c) decisão que impede a oposição que pretenda discutir Acórdão proferido pela Corte Especial (AgRg nos EDiv nos EDcl no AgRg na Pet. 5.893/SP); d) decisão que impede a oposição que procure a apreciação do mérito do recurso (AgRg nos EDcl no REsp 151.436/PB); e) decisão que impede a oposição que pretenda o cabimento sobre decisão monocrática (EResp 234.600/PR); f) decisão que impede a oposição que vise alegar divergência entre Súmula e Acórdão de Turma (AgRg no REsp 180.792); g) decisão que impede a oposição que se pauta a insurgência contra matéria processual (EAg 1.132.430/SC).

3.2 O ACÓRDÃO PROPRIAMENTE DITO

É manifestamente perceptível, desde o início da análise do acórdão, que o mesmo é deveras sucinto, de modo que no decurso de cinco páginas, o mesmo se encerra de forma ampla e sobeja, trazendo à baila, de modo fundamentado, os motivos da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

O relatório do acórdão revela que o julgamento, neste caso, cuidará da interposição de Agravo Regimental contra decisão que indeferiu o processamento do dissídio. No corpo do Agravo Regimental é alegado que os Embargos de Divergência devem ser conhecidos, tendo em vista que inexistente previsão regimental ou legal que prejudique o processamento do dissídio na hipótese de a decisão paradigma ser oriunda de conflito de competência.

Neste compasso, o voto, reproduzindo todas as ementas até aqui existentes, trazem à tona, após breve reflexão demonstrada pelo Relator, Min. Humberto Martins, que duas divergências são apontadas, a saber: a) à tese de que para a configuração da improbidade administrativa são necessárias a lesão ao erário e a demonstração do dolo, baseado nos REsp 1155803/PR, de origem da Segunda Turma; b) à tese da competência para julgamento da ação de improbidade, oriunda do CC 119.305/SP, oriunda da Terceira Seção.

À partir deste ponto, o Ministro Relator esclarece que com relação ao paradigma proveniente da Segunda Turma, não resta possibilidade de seu conhecimento em razão do fato de que os acórdãos paradigmas serem oriundos de Turmas da mesma Seção, e, em virtude disto, após o trânsito em julgado do acórdão ora analisado, os autos devem ser remetidos a apreciação da Primeira Seção.

No que tange ao segundo paradigma a ser enfrentado, substancialmente no que tange a divergência havida entre os julgados da Primeira Turma e da Terceira Seção, *ab initio*, o Ministro Relator esclarece que é pacífica a jurisprudência que apenas reconhece como possível admitir o processamento dos Embargos de Divergência nas hipóteses em os mesmo sejam proferidos no âmbito de Recurso Especial ou de Agravo, conforme os seguintes julgados: AgRg no EREsp 793.405/R, e, ainda, AgRg nos EREsp 1.206.723/MG, que cita já a firmeza desta posição consolidada ao mencionar o AgRg no EREsp 904.813/PR.

Em virtude do exposto, restou demonstrado o indeferimento do processamento do dissídio, mesmo a despeito das razões explicitadas no agravo regimental, pelo qual se negou provimento ao agravo regimental.

3.3 A CONSTRUÇÃO DO VOTO DO RELATOR QUE JULGOU O AgRg no EAREsp 166.481/RJ

Conforme já sobressaltado anteriormente, substancialmente nas restritivas hipóteses de cabimento de Embargos de Divergência, deve existir um resguardo a apreciação deste recurso.

Em acompanhamento a esta linha de pensamento, para fundamentar o início do julgamento do acórdão em tela, é de bom grado nos recorrermos com o que o professor José Carlos Barbosa Moreira nos lembra que a questão do conflito de competência tem seu lugar bem delineado e deve ser analisado sob um crivo pontual no tempo do processo, senão vejamos.

[...] Assim, por exemplo, suscitando dúvida sobre a competência, o melhor é resolver desde logo a questão, para evitar eventual invalidação dos atos praticados por órgão que depois venha a ser declarado absolutamente incompetente. Em hipóteses tais, aconselha o bom senso que se julgue o recurso o mais depressa possível [...] (MOREIRA, 2004, p. 148).

Como a questão, particularmente falando, trata de uma análise sob o ponto de vista de preliminar, ou seja, não se pôs a, diretamente, enfrentar o mérito da causa, é elementar delimitar o que se entende por este juízo preliminar de admissibilidade recursal. No mais, é fundamental retorno as palavras de José Carlos Barbosa Moreira para que tenhamos uma importante distinção de uma coisa e de outra.

[...] Os efeitos do juízo de admissibilidade variam, naturalmente, conforme o órgão que o profere e o sentido da decisão. De maneira geral, cabe frisar que da solução que se dê à questão de admissibilidade depende necessariamente a passagem ou não ao exame de mérito. A decisão *de meritis* só chegará a ser emitida se se resolver aquela questão no sentido positivo. Em outras palavras: o juízo sobre a admissibilidade condiciona, por seu teor, o *ser* ou *não-ser* do julgamento do mérito. Por outro lado, nenhuma influência tem sobre o eventual *conteúdo* deste: afirmada a viabilidade do exame *de meritis*, nem por isso se pode ainda saber se o recuso será provido ou desprovido. Essa relação entre as duas questões caracteriza a primeira como *preliminar* à segunda. [...] (MOREIRA, 2003. p. 264/265)

Em sequência, na mesma obra, Barbosa Moreira nos alerta acerca da falta da pormenorização da positivação dos Embargos de Divergência no bojo do Código de Processo Civil¹⁴.

[...] A “embargos de divergência” *fora* do âmbito da Corte Suprema – existentes no campo trabalhista (Consolidação das Leis do Trabalho, atrs. 893, nº I, e 894, letra *b*), mas desconhecidos no Código – aludiu a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, em dispositivos sobre competência: os art. 89, § 5º, letra *a*, e 101, § 3º, letra *a*, os quais atribuíram o processamento e o julgamento de tais embargos às seções especializadas, respectivamente do Tribunal Federal de Recursos e dos Tribunais de Justiça estaduais. Nada disse o texto acerca dos requisitos de admissibilidade, dos

¹⁴ Idem. p. 281/282

efeitos, do procedimento. Ora, o mero enunciado de um *nomen iuris*, a que só se juntou a indicação da competência, é muito pouco para a instituição de nova figura recursal. Ninguém se animaria em sã consciência – tão defeituosa é a técnica da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – a desprezar por absurda a hipótese de puro e simples equívoco: teria o legislador redigido aqueles textos na errônea convicção de já existirem, com a presumida amplitude, os embargos de divergência. Outra explicação, que ocorreu a não poucos, é a de que a Lei Orgânica se limitaria a fixar por antecipação a competência para o processamento e o julgamento de semelhantes embargos, *se e quando* fossem criados... [...] (MOREIRA, 2003. p. 281/282)

Não é possível entender diversamente do que Barbosa Moreira demonstra de forma enfática: os Embargos de Divergência foram manifestamente tolhidos dos cuidados processuais no âmbito da positivação de nosso Código de Processo Civil. À par desta circunstância, pois, é natural imaginar que deva existir um outro modo de promover o abalçamento do recurso em tela.

Quer nos parecer que, em linha de princípio, tendo a Constituição Federal sido responsável pela criação deste novel instituto jurídico que, como já dito, carece de uma especificação maior quanto aos seus requisitos preliminares de processamento (admissibilidade), é de boa medida devolver à própria Carta Magna a incumbência de demonstrar o modelo de enfrentamento da celeuma jurídica, que, com a devida *venia*, deve ser mensurada sob à luz de princípios constitucionais.

Para isso, imperioso nos reportarmos ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que obriga que as decisões judiciais sem precedidas de motivação sob pena de nulidade. Pode nos parecer, *a priori*, que na decisão em análise, falte a devida motivação, fato este reconhecido pela jurisprudência pátria em diversos outros casos específicos, todavia, é mister ressaltar que no caso em sob análise nos deparamos com uma situação em específico: uma decisão de admissibilidade recursal, a qual, sem muita dificuldade de ser observado, não se direciona a análise do mérito da causa.

Em muitas oportunidades, em verdade, as decisões de análise de preliminares recursais sofrem, por parte de seu insurgentes, o enfrentamento da falta de motivação, uma vez, com efeito, a motivação, por vezes, torna-se obscura. Contudo, vejamos que no caso em estudo não encontra uma falta motivação justamente em detrimento da alternatividade da fonte do direito que embasou o *decisum*, no caso, a jurisprudência já consolidada pela areópago responsável por unificar o entendimento jurisprudencial do país. Ademais, é certo que a falta de conteúdo da legislação específica para o caso, torna a função do magistrado mais árdua para a complexa deliberação do caso.

De fato, o ensejo permite diversas interpretações, principalmente sob as diferentes óticas de quem está a analisar. À respeito do tema, a lição de Nelson Nery Junior possui muito a nos acrescentar.

[...] A motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual de juiz, até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas no art. 5º, CF, trazendo conseqüentemente a exigência da imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais, a legalidade da mesma decisão, passando pelo princípio constitucional da independência jurídica do magistrado, que pode decidir de acordo com sua livre convicção, desde que motive as razões de seu convencimento (*princípio do livre convencimento motivado*). [...] (NERY JUNIOR, 1999, p. 174)

Seria possível, em tese, a argumentação de que padeceria o acórdão de uma espécie de nulidade em virtude da inexistência de expressa impossibilidade da oposição de Embargos de Divergência no caso de não se admitir o recurso fundado em uma decisão oriunda de um conflito de competência. Mesmo a despeito desta situação já ter restado bem aparada no que tange ao manifesto número de restrições de oposição do recurso com vistas a preservação do instituto, não é exagero nenhum ponderar, ainda, outro ponto pertinente à análise.

Este ponto no qual nos referimos é trazido pelo clássico jurista Eduardo Juan Couture, que com a propriedade que lhe era de costume, relembra o princípio da lei expressa para a arguição de nulidade. Vejamos que é intrínseco ao próprio direito denotar que a lei não poderá, infelizmente, se dar ao condão de prever todas as práticas evitáveis, como, aliás, pretendia o Código Napoleônico. Partindo-se desta premissa, por uma questão de segurança jurídica, em contrapartida, o que é nulo ou, outrossim, anulável deve ser emanado da própria lei, sob pena de se retirar os ditames inerentes ao Estado de Direito e passarmos a viver sob o signo do medo.

Apesar de tratar ao tema voltado ao sistema processual uruguaio, Couture informa que mesmo naquele ordenamento inexistia expressividade legal sobre o assunto, mas, não por isso, se deixava de busca-lo como forma de garantir a ordem jurídica, principalmente nos momentos em que a norma se tornava obscura ou de difícil alcance.

[...] Um segundo princípio processual básico no nosso sistema processual é o de que não há nulidade sem lei expressa que a determine especificadamente. Este princípio, que é característico do direito francês, não consta do texto especial. Entretanto, da própria forma como se configuram as nulidades em nosso Código, o referido princípio decorre como consequência. Os textos cominam, em face de cada infração determinada, a sanção de nulidade. E, o inciso 13 do artigo 667 dispõe que há nulidade se foi omitido qualquer outro trâmite ou formalidade para cuja falta a lei **comine expressamente** a nulidade. Além disso, na primeira parte do mesmo art. 667 se diz que só haverá nulidade nos casos a seguir mencionados.

Isto significa que se pode ter como assentado em nosso direito o princípio de que não há nulidade sem lei que a estabeleça; não são admissíveis, por conseguinte, nulidades por analogia ou por extensão. [...] (COUTURE, 1999, p. 313/314)

Couture, sem dúvida, fora muito influenciado por James Goldschmidt, fato este deveras perceptível não apenas pelas muitas remissões do primeiro em relação ao último, como de um simples passar de olhos ao se analisar a linha de pensamento havida pelos dois processualistas. Novamente nos reportaremos ao direito alienígena para consubstanciar a necessidade dos resguardo pelos Embargos de Divergência, da qual, não sendo modificada positivamente no corpo do *codex* de regência processual, ou, igualmente, por outra legislação ordinária, acaba, por exclusão, a ter seus efeitos modulados pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

Neste diapasão, impende salientar que o Superior Tribunal de Justiça possui toda a legitimidade para proceder de tal modo, uma vez que, ademais, a ausência de positivação dos Embargos de Divergência criaria uma espécie de possibilidade a ser levada ao crivo do magistrado, o qual, sem fonte normativa para tanto, se mostra vinculado a usar uma fonte secundária (jurisprudencial) para embasar sua decisão e, por isso, Goldschmidt foi enfático em ponderar acerca das condições de incerteza de um processo.

[...]Entende-se por direitos processuais as expectativas, possibilidade e liberações de um ônus processual. Existem paralelamente aos direitos materiais, quer dizer, aos direitos facultativos, potestativos e permissivos (Zitelmann), ou, com outras palavras, existem de um modo paralelo às ações, aos direitos constitutivos e aos direitos absolutos. As chamadas “expectativas” são esperanças de obter futuras vantagens processuais, sem necessidade de nenhum ato próprio, apresentam-se rara vez no desenvolvimento normal do processo; podem servir de exemplo, delas e do demandado, de que se desestime a demanda que padeça de defeitos processuais ou não esteja devidamente fundamentada (§ 331, II, item 2) e da parte contumaz, de que se desestime a petição de sentença contumacial nos casos do § 335; a do apelado, de que se desestime o recurso inadmissível (§§ 519 b, I, item 2; 554 a, I, item, 2) e a do que triunfa na demanda, de condene-se em custas à parte contrária (§ 308, II). A maior parte dos direitos processuais são “possibilidades”. Entende-se por possibilidades a situação que permite obter uma vantagem processual pela execução de um ato processual. Podem citar-se como exemplos delas a ação processual, quando a possibilidade de atuar processualmente, seja porque se estime esta no sentido material expressado antes no § 12, nº 3, como possibilidade de obter uma sentença favorável, seja porque se tome em sentido puramente processual ou como possibilidade de conseguir ser ouvido judicialmente; a de opor-se ou de discutir a alegação contrária (quando o fato controvertido não é notório ou não está provado no Tribunal); a de prestar juramento (ou “direito de decidir a verdade” do que o presta); o direito de excluir (recusar) a funcionários judiciais (§ 42, III); o dos litisconsortes a impulsar o processo (§ 63); o de inventariantes adesivo a exercitar meios de ataque e defesa (§ 67); o do possuidor mediato ou sucessor assumir o processo; o direito de denúncia (§§ 530-558) etc. [...] (GOLDSCHMIDT, 2003, p. 234/235)

Segundo demonstrado acima, Goldschmidt, pecando pelo excesso, retrata, sem tergiversar, que a possibilidade processual é uma batalha a ser enfrentada dentro do campo de vários fatores, os quais, em muitas oportunidades devem ser vistos sob à luz das possibilidades e, igualmente, flertando com eventuais fracassos, substancialmente a depender da característica processual enfrentada.

3.4 RECURSO TENDENTE A JULGAR O MÉRITO DO APELO

Perto do encerramento do acórdão, o Ministro Relator afirma que: “*É firme a orientação jurisprudencial no sentido de que somente se admite o processamento de embargos de divergência quando os acórdãos paradigmas são proferidos no âmbito de recurso especial e de agravo que examinem o mérito do apelo*”. (BRASIL, 20140)

Tal colocação, aliás, neste patamar, serve de apoio à silenciar demais questionamentos sobre as possibilidades havidas no envolvimento dos Embargos de Divergência, tendo em vista, como já supramencionado, as suas hipóteses limitadoras de oposição.

À partir deste ponto, resta necessário digressar acerca do que se entende por estabelecer o mérito do recurso. Assim, para trabalhar a questão de mérito no processo civil, é de bom alvedrio nos utilizarmos das palavras de Cândido Rangel Dinamarco, que por sua vez, trata com bastante detalhes a acepção desta palavra que em muitas vezes, no corpo do Código de Processo Civil vem confundida com a figura da lide (demanda).

[...] Não creio que a *demanda* seja o mérito da causa. Vejo nela, apenas, o *veículo* de algo externo ao processo e anterior a ele, algo que é trazido ao juiz em busca do remédio que o demandante quer. A demanda é fato estritamente processual, pressuposto processual, é ato formal do processo, que com ele tem vida e nele se exaure. Ela é o *veículo* da pretensão do demandante, que é uma sua aspiração a determinado bem ou determinada situação jurídica que, sem o processo e sem a intercessão judicial, o sistema impede de obter. [...] (DINAMARCO, 2002, p. 247)

É, com efeito, uma verdadeira tormenta analisar o vocábulo “mérito”. Isso porque pode-se partir da premissa de uma variada e ampla gama de concepções jurídicas no sentido de oferecer a distinção entre mérito e demais institutos jurídicos, os quais, outrossim, não são inquestionáveis. O Código Buzaid, quer nos parecer, cometeu, em sua Exposição de Motivos, uma falha ao não especificar exatamente o que pretendia ao falar em “lide”.

A questão de “mérito” relacionada aos recursos, contudo, possui uma outra formatação, a qual, infelizmente, não recebeu a atenção devida pela exposição de motivos do Código de Processo Civil, mas, por outro lado, de forma afortunada, tal situação,

seguramente, é sustentada pela doutrina jurídica, principalmente no que se pretende ao dividir o que se trata por mérito e o que se tem como questões preliminares no campo recursal.

Para isso, novamente iremos nos utilizar das palavras do professor Dinamarco.

[...] Outro ponto mal compreendido, especialmente no linguajar dos tribunais, é o mérito do recurso. Ele não se confunde com o *meritum causae*, embora expresse a mesma ideia que, *mutatis mutandis*, se lhe aplica.

Quem recorre, dirige ao tribunal uma *pretensão*. Essa pretensão pode ser a mesma que constitui o mérito do processo pendente, ou não ser. [...] (DINAMARCO, 2002, p. 241)

Sequencialmente, se infere pelo mesmo Dinamarco que:

[...] Certas matérias, pois, que, com *relação ao processo* globalmente considerado, são *preliminares* (matéria preliminar ao julgamento do mérito da causa), às vezes acabam ficando integradas no mérito do recurso. Isso acontece porque, como visto, a pretensão devolvida ao tribunal pelo recurso interposto não é invariavelmente (e quantas vezes ela deixa de ser!) a pretensão fundamental do processo.

Acontece que, não poucas vezes, a apelação devolve ao tribunal, cumulativamente, a matéria preliminar e o mérito da causa. São corriqueiras as apelações cíveis de réu que, a par de alegar cerceamento de defesa (com a pretensão à anulação da sentença, para que possa produzir a prova de que ficara privado), debate também as questões de mérito e conclui com a reiteração da pretensão à improcedência da demanda proposta pelo autor. Nesse casos, *tanto uma como outra pretensão constituem o mérito do recurso* (relação de subsidiariedade, art. 289 CPC). O fato de a primeira dessas pretensões ter natureza preliminar quanto ao processo não signifique que ela seja também, com referência ao recurso, uma preliminar. [...] (DINAMARCO, 2002, p. 242).

Ou seja, a análise de cada caso de maneira particularizada irá permitir a dedução, em sede de recurso, do que é, e do que não é atinente ao mérito do mesmo, pois que como visto anteriormente, este terreno pântanos ganha ainda mais condição insalubre à medida em que a matéria se dirige ao campo recursal.

Destarte, é plenamente possível se deduzir que a questão preliminar em sede recursal, em vista de sua roupagem modificada, conforme trazida de forma detalhada pela doutrina jurídica, e, igualmente, já que ausentes das questões preliminares do juízo *a quo*, devem ser analisada, pois, sob o crivo da admissibilidade recursal.

Os chamados pressupostos intrínsecos e extrínsecos (ou objetivos e subjetivos), especialmente falando, revelarão as conjecturas hábeis a mensurar a adequação da interposição (no caso dos Embargos de Divergência, por uma questão de técnica processual, oposição) recursal.

Neste esboço, então, faz-se mister apontar as noções do formalismo judicial com preponderante motivação na valoração da segurança jurídica. Sobre esta questão, sugerimos fazer uma sumária análise sobre o formalismo procedimento que repousa sobre a questão processual do direito brasileiro.

Para tanto, nos valeremos das palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

[...] Certamente o conceito de “procedimento” implica a noção de uma sequência legal de atos a ser observados pelo juiz e pelas partes, mas não só isso. Já há mais de um século intuía-se que o processo não estabelecer tão-somente o *procedere*, senão que determina também as faculdades e deveres das partes e do tribunal, em mútua e recíproca relação. E a tese, sabidamente, além de ter dado o passo decisivo para a autonomia do direito processual, ao isolar a reação material da processual, implicou igualmente postura metodológica renovadora, abrindo caminho para passar-se a entrever o fenômeno processual não mais dentro dos acanhados limites do mero procedimentalismo, mas sim na perspectiva da atividade, poderes e faculdades do órgão judicial e das partes.

A sedimentação dessas ideias obrou para que hoje se encontre pacificado o entendimento de que o procedimento não deve ser apenas um pobre esqueleto sem alma, tornando-se imprescindível ao conceito a regulação da atividade das partes e do órgão judicial, conexas ao contraditório paritário e ainda ao fator temporal, a fatalmente entremear essa mesma atividade. Mesmo no âmbito dos defensores da relação jurídica processual, desde muito se reconhece constituir-se ela de diversas posições jurídicas subjetivas aí concentradas (poderes, faculdades, ônus, sujeições) representando o verdadeiro tecido interno do processo. Tal admissão torna, no fundo, apenas nominal a adesão dessa corrente ao conceito de relação jurídica processual, diante da manifesta insuficiência desta concepção em explicar o fator temporal, com a consequente ausência de justificativa para dinamicidade ínsita ao processo. [...] (OLIVEIRA, 1997, p. 111/112)

Um ponto que não poderia ser olvidado de análise nesta pesquisa é a restrição da admissibilidade recursal relacionada aos pressupostos políticos legislativos. A essa luz, é curial lembrar que os instrumentos disponíveis para o questionamento de uma decisão, no âmbito dos tribunais, devem ser analisado, como sabidamente nos lembra José Carlos Barbosa Moreira, sob dois patamares.

[...] Outra noção basicamente de difundido conhecimento é a de que o recurso, como os atos postulatórios em geral, se submete basicamente a duas avaliações: uma pela qual se verifica se a impugnação pode (*rectiu*: deve) ser apreciada em seu conteúdo, outra pela qual se examina esse conteúdo, em ordem a determinar, com os institutos corolários, se o recorrente tem ou não razão em impugnar a decisão recorrida. Segundo terminologia assente, à primeira avaliação corresponde o juízo *de admissibilidade*, à segunda, o juízo *de mérito*. Aquele é *preliminar* a este, no sentido de que, caso falte ao recurso algum requisito de admissibilidade, o órgão julgado – em princípio, o colegiado – cessa aí sua atividade cognitiva e abstém-se de examinar o mérito. Em tal hipótese, diz-se que o órgão *não conheceu* do recurso (juízo *negativo* de admissibilidade). Caso concorram todos os requisitos, o órgão *conhece* do recurso (juízo *positivo* de admissibilidade), e em seguida, conforme lhe pareça fundada ou infundada a impugnação, dá-lhe ou nega-lhe *provimento*. [...] (MOREIRA, 2007, p. 269)

Esse momento de escolha da admissibilidade, ainda que de uma maneira velada, impõe a análise de conotações políticas das mais variadas formas, envolvendo, pois, uma ampla série de fatores que revelam as evidências do que os tribunais esperam de determinado

método de impugnação, criando e estabelecendo restrições a fim de que não se tergiverse a utilização dos meios recursais.

Diferente do que pensam muitos críticos gabaritados, entendemos necessárias estas restrições, estudadas aqui sob as vistas dos Embargos de Divergência, instituto este, indubitavelmente seletivo à uma pequena parcela das decisões judiciais relativas aos tribunais superiores, conforme dispõe o próprio texto legal autorizado, encontrado na estrutura do Código de Processo Civil.

Para emprestar maior imperatividade ao nosso posicionamento supramencionado, retornaremos ao tema mediante o que externa Barbosa Moreira, quando o mesmo pauta seu ensinamento sobre a *significação política do juízo negativo de admissibilidade*.

[...] Convém pôr em relevo especial a significação do juízo negativo de admissibilidade do ponto de vista da política jurídica. Hipotético ordenamento processual poderia facultar a impugnação de decisões judiciais por meio de recursos sem subordiná-los a requisito algum, seja relativo à escolha do recurso utilizado, seja à pessoa do recorrente, seja ao tempo ou à forma da interposição, e assim por diante. Logo se percebem as consequências negativas que semelhante liberalidade traria. Basta atentar no tópico atinente ao tempo: imagine-se o que representaria como fator de insegurança a eventualidade de ficar indefinidamente em aberto a matéria que constitui objeto de impugnação – talvez a própria solução final do litígio ajuizado. Noutros casos, seria clamorosamente inútil o exercício de atividade cognitiva por parte do órgão *ad quem*. A máquina judiciária, cuja manutenção reclama despesa pública vultuosa, deve funcionar de maneira tão eficiente quanto possível; e a ideia de eficiência implica por força a observância de parâmetros razoáveis quanto à duração, assim como a omissão de atos inúteis para produzir resultado prático relevante. [...] (MOREIRA, 2007, p. 270).

Portanto, possui pleno embasamento restringir a amplitude de interposição (oposição) de recursos com vistas a atingir não apenas a técnica processual mais esmerada para cada hipótese em questão, como, outrossim, vincular o recurso a um sentido cabível sob o contexto da política jurídica processual.

4 À GUIA DE CONCLUSÃO

De todo o aqui exposto, afigura-se imponente analisar que agiu o Relator do AgRg no EAREsp 166.481/RJ com maestria ao cadenciar seu voto no sentido de delimitar uma série de ponderações relativas à um instituto jurídico carente de definições mais minuciosas. É notável no corpo do voto, que se demonstrou abrangente além das questões nitidamente processuais, vários outros nuances, que, sem poder se olvidar, influem sobremaneira na formação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Dentre os muitos entretons que se podiam proceder uma análise mais estreita no âmbito deste trabalho, resultaram significativas a preservação da segurança nas hipóteses de admissibilidade do cabimento dos Embargos de Divergência, uma vez que se procura analisar o mérito do recurso propriamente dito, não abrindo, logo, azo a maiores discussões que deveriam e poderiam ter sido sanadas em momento diverso e oportuno para tanto.

Com efeito, muito além da segurança da manutenção de uma diretriz jurisprudencial determinada, os Embargos de Divergência possuem um patente viés político, presente justamente para permitir a aplicação adequada deste instituto que, em detrimento da falta de positivação, se viu circunscrito pelo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça como tomador de rédeas de seu cabimento, modulando, pois, suas hipóteses de admissibilidade.

5. REFERÊNCIAS

- ALVIM, E. A. **Direito processual civil**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.
- ASSIS, A. d. **Manual dos recursos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 166.481/RJ. Relator: MARTINS, Humberto. **Diário da Justiça Eletrônico**, jun, 2014
- COUTURE, E. J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tomo I. Trad. Benedicto Giacobini. Campinas. RED Livros. 1999.
- DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo. Malheiros. 2002.
- GOLDSCHMIDT, J. **Direito processual civil**. Campinas. Bookseller. 2003.
- MOREIRA, J. R. B. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V**: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro, Forense, 2003
- _____, J. C. B. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo. Saraiva, 2004.
- _____, J. C. B. **Temas de direito processual**: nova série. São Paulo. Saraiva, 2007.
- NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. ver. ampl. atual. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999. p. 174.
- OLIVEIRA, C. A. A. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo. Saraiva. 1997.
- THEODORO JÚNIOR, H. **Código de Processo Civil anotado**. 16. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012.

CONCENTRAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DA LEI DE MEIOS DA ARGENTINA

Mariana Fernandes da Silva¹⁵

Carlo José Napolitano¹⁶

1 INTRODUÇÃO

O presente texto trata-se de resultado final de pesquisa de iniciação científica, denominado “A regulação jurídica referente à concentração dos meios de comunicação: análise comparativa Brasil – Argentina”, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP, processo n. 2013/25722-9 e executado sob a orientação do segundo autor.

O projeto de Iniciação Científica teve como objetivo pesquisar sobre a concentração da titularidade dos meios de comunicação na Argentina e no Brasil e como a Lei de Meios, promulgada em 2009 pela presidenta argentina Cristina Kirchner, afetou e ainda afetará essa dinâmica de concentração. A nova lei, em linhas gerais, procura democratizar e horizontalizar o processo comunicacional, desenvolvendo mecanismos que possam garantir o cumprimento desses objetivos, barateando e universalizando a comunicação dentro do país. Ao deixar de considerar a informação como mercadoria, (como a Lei 26.522, que antes estava em vigor) para considerá-la um direito de todos os cidadãos, tanto de receber, quanto de informar, a Lei de Meios pode ser considerada como inovadora.

Além de procurar entender mais sobre a nova legislação, o projeto teve como objetivo coletar reportagens referentes à Lei de Meios dos sites dos jornais “O Globo”, “Folha de S.Paulo”, “La Nación” e “Página/12”, publicadas uma semana antes e uma semana depois da data em que a mesma foi declarada constitucional pela Suprema Corte Argentina (dia 29 de outubro de 2013). Desse modo, foram coletados conteúdos publicados entre os dias 22 de outubro e 5 de novembro de 2013, resultando em cerca de 200 reportagens.

¹⁵ Discente do curso de Jornalismo da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, UNESP/BAURU/SP. E-mail: fer: nandes.marianasilva@gmail.com.

¹⁶ Professor do Departamento de Ciências Humanas e do Programa de Pós-Graduação em Comunicação, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, UNESP/Bauru/SP, e-mail: carlonapolitano@faac.unesp.br.

O trabalho está assim estruturado: análise da Lei de Meios; relações entre a Lei de Meios e os direitos humanos; indicação dos vários ângulos de abordagens pelos veículos pesquisados e apontamentos em sede de conclusão.

2 A LEI DE MEIOS

A Lei 26.522, de Serviços de Comunicação Audiovisual, popularmente conhecida como Ley de Medios, na Argentina, ou Lei de Meios no Brasil, foi promulgada em 10 de outubro de 2009 por Cristina Kirchner, presidente argentina. A Lei 26.522 revoga e substitui a Lei 22.285, promulgada em 15 de setembro de 1980, durante a ditadura militar, pelo general Jorge Rafael Videla.

Segundo as organizações Repórteres Sem Fronteiras e a ADEPA (Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas), a antiga lei foi responsável por levar à consolidação do monopólio do grupo de mídia “O Clarín” no país, pois acredita-se que a família Herrera de Noble, fundadora do grupo, teria usado de sua influência junto ao ditador Videla para a elaboração da legislação. A antiga lei era considerada mercantilista pela população argentina, pois tratava a informação como uma mercadoria, e, portanto, só tinha acesso a uma licença de rádio e TV quem tivesse dinheiro.

A Lei de Meios foi criada com o objetivo de fomentar a democratização das tecnologias de informação e isto mostra-se presente já no começo do texto, que dispõe que

El objeto de la presente ley es la regulación de los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina y el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. (ARGENTINA, 2014, p. 5)

Portanto, as mudanças introduzidas pela nova legislação partem do pressuposto de que a comunicação é um serviço ligado ao direito básico humano de ser informado e não deve ser considerado como negócio lucrativo. Com princípios que visam acabar com o monopólio e garantir a pluralidade de vozes, a Lei de Meios configura-se como um marco no processo comunicacional na América Latina, região marcada pela forte concentração midiática, na qual os grupos Globo (Brasil), Televisa (México), Cisneros (Venezuela) e Clarín (Argentina) possuem 60% do faturamento total dos mercados e das audiências.

O projeto da Lei de Meios foi apresentado pelo governo peronista de esquerda em 2009 e estava entre as promessas de campanha de Cristina Kirchner.

A metodologia escolhida pelo governo para dar início ao projeto de lei foi marcada pelo diálogo, consolidado por consultas públicas aos representantes da sociedade. Kirchner participou de reuniões na Casa Rosada (sede da presidência da República argentina) com empresários, líderes sindicais, representantes docentes e discentes de faculdades de comunicação e associações de mídia comunitárias com o objetivo de apresentar ideias, ouvir sugestões e debater-las. Além disso, a “Coalizão por uma Radiodifusão Democrática”, integrada por sindicatos, universidades, emissoras e representantes dos direitos humanos, foi responsável por levar o debate à sociedade civil e mostrou-se como uma organização importante no processo de elaboração da legislação.

O projeto teve como base uma declaração elaborada pela Coalizão, na qual constava uma lista produzida pela sociedade com 21 pontos que deveriam estar presentes na nova lei para que uma comunicação democrática pudesse ocorrer.

Enquanto o projeto era elaborado, marchas foram realizadas em toda a Argentina em favor da nova lei, a maioria delas organizadas pela internet e pela rede social Facebook. A maior marcha ocorreu em Buenos Aires e teve a presença de mais de 70 mil pessoas.

A Lei 26.522 define regras para a “prestação de serviços de comunicação audiovisual”, ou seja, televisão e rádio. Segundo o texto da legislação,

[...] contenidos audiovisuales idénticos o similares deben ser reglamentados por el mismo marco regulatorio, independientemente de la tecnología de transmisión. El reglamento debe depender solamente de la influencia sobre la opinión pública y no de su tecnología de transmisión. (ARGENTINA, 2014, p. 77)

Com o objetivo de democratizar e horizontalizar o processo comunicacional, a lei procura desenvolver mecanismos que possam garantir o cumprimento de seus objetivos, barateando e universalizando a comunicação.

A Lei de Meios, como já foi afirmado acima, deixa de considerar a informação como mercadoria (como a Lei 26.522, antes em vigor) para considerá-la um direito de todos os cidadãos, tanto de receber, quanto de informar. Com a nova legislação, no Artigo 10, foi criada a “Autoridade Federal de Serviços de Comunicação Audiovisual”, conhecida como AFSCA, como uma organização descentralizada e autárquica, para ser responsável pela aplicação da lei, substituindo o anterior “Comitê Federal de Radiodifusão”, facilmente manipulado na ditadura.

A legislação também declara que as radiofrequências são bens públicos, e que serão concedidas (e não vendidas, como era feito anteriormente) por 10 anos, de acordo como Artigo 39, através de licitações públicas autorizadas pela AFSCA.

A publicidade, no Artigo 82, também é regulamentada: na radiodifusão sonora, há um máximo de 14 minutos de publicidade por hora, na televisão aberta, esse máximo é de 12 minutos por hora e na televisão por assinatura, o máximo é de 8 minutos.

No Artigo 65 foram impostos níveis mínimos de difusão no rádio de 30% de música nacional, 60% de produção nacional, 20% de conteúdos educativos, culturais e de bem público, entre outros. Já a televisão aberta deve emitir no mínimo 60% de produção nacional, 30% de produção própria e 30% de produção local independente quando a estação transmissora estiver localizada em cidades com mais de um milhão e quinhentos mil habitantes. Quando estiverem localizadas em cidades menores, deverão emitir um mínimo de 15% ou 10% por cento, de acordo com o tamanho da população.

No Capítulo II, a nova legislação limita a quantidade de licenças que uma mesma pessoa ou empresa podem ter e torna o período de validade das mesmas de 10 anos, suscetíveis a apenas uma prorrogação. No Artigo 45, é afirmado que uma pessoa só poderá ser titular ou ter participação em sociedades de licenças de serviços de radiodifusão em ordem nacional desde que:

La multiplicidad de licencias —a nivel nacional y para todos los servicios — en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda. (ARGENTINA, 2014, p. 33)

Essa regra limita o alcance de audiência para a TV e o rádio. Também fica estabelecido que ninguém pode ter mais de um canal em TV aberta ou por assinatura na mesma localidade.

No Artigo 119 da lei, é criada a “Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado”, uma empresa estatal “que tiene a su cargo la administración, operación, desarrollo y explotación de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva del Estado nacional” (ARGENTINA, 2014, p. 62). Os objetivos da estatal são expostos no Artigo 121 e entre eles estão promover e desenvolver o respeito pelos direitos humanos, respeitar o pluralismo político, religioso, social, cultural, linguístico e étnico, garantir o direito a informação a todos os moradores da Argentina, contribuir com a educação formal e informal da população, com programas destinados aos mais diferentes setores sociais, promover o desenvolvimento e a

proteção à identidade nacional em todas as regiões argentinas, destinar espaços a conteúdos dedicados ao público infantil, promover a produção de conteúdos audiovisuais próprios, contribuir para a difusão de produção regional, nacional e latino americana, promover a formação cultural de argentinos e integrá-los a América Latina e, por fim, garantir a cobertura dos serviços de comunicação audiovisual em todo o território nacional.

Já em 2009, quando a lei 26.522 foi promulgada, o grupo Clarín entrou na Justiça pedindo que quatro artigos da legislação fossem declarados inconstitucionais. Entre 2009 e outubro de 2013, o grupo obteve liminares impedindo a aplicação da lei.

O primeiro artigo contestado pelo grupo é o Artigo 161, que estabelece o prazo de um ano para adequação dos grupos de mídia à Lei de Meios. O Artigo 41, que determina que as licenças de serviços audiovisuais são intransferíveis, também foi alvo de contestação pelo Clarín, assim como o Artigo 45, que define novas limitações, permitindo que um grupo possua no máximo 10 licenças de rádio e TV aberta e 24 canais de TV por assinatura. O Artigo 45 ainda define que nenhum meio pode ter uma cobertura que supere 35% do total de habitantes e nem ter, na mesma cidade, um canal de TV aberta e outro de TV por assinatura. O último artigo contestado pelo Clarín é o Artigo 48, no qual o governo verificará se existem vínculos entre pessoas envolvidas em sociedades antes da concessão de licenças, como modo de evitar o monopólio.

3 A LEI DOS MEIOS E OS DIREITOS HUMANOS

A Lei de Meios possui como objetivo democratizar a comunicação, tornando possível que cada vez mais pessoas e grupos de mídia expressem seu pensamento livremente, criando um debate mais amplo e com mais vozes diferentes entre si dentro da sociedade argentina. A partir dessa premissa o “Página 12” constrói suas matérias, buscando ressaltar o aspecto democratizador e social da nova legislação, exercendo, desse modo, sua liberdade de expressão do pensamento de forma a exaltar a mudança e a presidenta Cristina Kirchner, colocando o “Clarín” em condição de anti-herói.

Do outro lado estão os meios “La Nación”, “O Globo” e “Folha de S.Paulo”, que buscaram concretizar sua liberdade de expressão do pensamento de forma a criticar a aprovação da Lei, sua constituição e a presidenta da Argentina.

Brasil e Argentina fazem parte da Convenção Americana de Direitos Humanos - também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica -, um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos e assinado em 1969. A convenção é

composta de 81 artigos e tem como objetivo garantir um regime de liberdade e justiça, a partir do respeito aos direitos humanos essenciais, dentro dos países-membros.

Merece destaque o “Artigo 13 - Liberdade de Pensamento e de Expressão”, que afirma:

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

Nota-se grande preocupação dos países envolvidos com a questão da liberdade de pensamento e de expressão, que é classificada como um direito que deve ser respeitado integralmente, sendo vedada a censura e o abuso dos controles oficiais, ou seja, do Estado. Esse assunto merece destaque no pacto pois a concentração no setor das comunicações na América Latina tem raízes históricas. No Brasil, são mais de 300 licenças para operação de televisão e menos de 50 na Argentina. Mesmo assim, em todos os países do continente, os quatro maiores canais de televisão controlam cerca de 50% da audiência e de todas as verbas publicitárias destinadas ao setor.

Os quatro maiores grupos de mídia da América Latina são “O Globo”, do Brasil; “Televisa”, do México; “Cisneros”, da Venezuela e “Clarín”, da Argentina. Esses quatro grupos possuem 60% do total do faturamento do mercado. Na Colômbia, dois canais de televisão privados têm juntos mais de 90% da audiência, enquanto no Chile existe um duopólio na imprensa escrita. Já no Peru, um único grupo comprou diferentes periódicos e detém cerca de 80% dos meios impressos do país e no México dois canais possuem 96% da audiência da televisão aberta.

O princípio da liberdade de expressão, considerado uma pedra angular da democracia, também é referendado na Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão dos Estados Americanos, que estabelece que:

Os monopólios ou oligopólios na propriedade e controle dos meios de comunicação devem estar sujeitos a leis anti-monopólio, uma vez que conspiram contra a democracia ao restringirem a pluralidade e a diversidade que asseguram o pleno exercício do direito dos cidadãos à informação. Em nenhum caso essas leis devem ser exclusivas para os meios de comunicação. As concessões de rádio e televisão devem considerar critérios democráticos que garantam uma igualdade de oportunidades de acesso a todos os indivíduos. (CIDH, 200)

É possível afirmar, portanto, que a concentração dos meios de comunicação configura-se como uma grave ameaça à diversidade, pois tem o potencial de reduzir o número de perspectivas e de informações, já que permite que poucos empresários construam a agenda de discussões como desejarem, podendo moldar a opinião pública ao seu favor.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) elaborou em 2010 o documento “Indicadores de Desenvolvimento da Mídia”, na qual classifica como positivas as seguintes medidas de promoção de pluralidade de mídia:

Regulamentações eficazes para impedir a concentração indevida da propriedade e promover a pluralidade; Legislação específica acerca da propriedade cruzada no âmbito da mídia eletrônica e entre a mídia eletrônica e outros setores da mídia, a fim de impedir o domínio do mercado; As regulamentações reconhecem a distinção entre atores de pequeno e de grande porte no mercado de mídia; Disposições sobre transparência e divulgação para empresas de mídia com relação à propriedade, investimento e fontes de receitas; O processo de concessão para a distribuição de frequências específicas para determinadas empresas de mídia promove a diversidade da propriedade de mídia e do conteúdo da programação; Conformidade com padrões internacionais; As autoridades responsáveis pela implementação de leis antimonopólio possuem poderes suficientes como, por exemplo, o poder de recusar pedidos de concessão e de se desfazer de operações de mídia existentes em que a pluralidade está ameaçada ou em que níveis inaceitáveis de concentração da propriedade são alcançados; O governo ativamente monitora e avalia as consequências da concentração da mídia. (UNESCO, 2010, p. 23-24)

A constituição brasileira de 1988 também trata, no artigo 5º, da liberdade de manifestação do pensamento, entre outros assuntos. O artigo trata especificamente de direitos e garantias fundamentais, estabelecendo brasileiros e estrangeiros residentes no país são iguais perante a lei, vedando qualquer tipo de distinção. Lê-se que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (CF, art. 5, IV) e que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (CF, art. 5, IX).

O artigo 220 da constituição federal trata especificamente da comunicação social e determina que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob

qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição” (CF, art. 220). No mesmo artigo, afirma-se que é vedada qualquer tipo de censura, seja de natureza política, ideológica e artística e que “os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio” (CF, art. 220, 5º), sendo que os veículos impressos, independem de licença de autoridade para o seu funcionamento.

A partir da leitura dos preceitos constitucionais supracitados, verifica-se que o constituinte de 1988 e os legisladores buscaram a criação de uma sociedade plural, onde a imprensa seja livre, diversificada e peça ativa no processo de alcançar esse objetivo.

4 OS VARIADOS ÂNGULOS

Após a realização de estudo sobre a Lei de Meios, foram lidas e analisadas as mais de 200 reportagens publicadas do dia 22 de outubro ao dia 5 de novembro nos quatro jornais escolhidos: “Folha de S.Paulo”, “O Globo”, “La Nación” e “Página 12”.

Com 16 reportagens publicadas entre os dias 22 de outubro e 5 de novembro de 2013, o jornal brasileiro “Folha de S.Paulo” foi o veículo nacional escolhido que mais deu atenção à cobertura factual da Lei de Meios. Foram 3 matérias publicadas no dia 29, dia em que a Suprema Corte Argentina declarou a lei constitucional, 3 no dia seguinte, duas nos dias 31 e 1º, mais uma em cada um dos dias 3 e 4 de novembro e, por fim, 4 textos no dia 5 de novembro, uma semana depois da decisão.

A linha editorial que o jornal decide seguir fica clara na escolha das palavras usadas para descrever o entrave judicial entre o governo argentino e o grupo “Clarín”, usando os termos “batalha” por pelo menos três vezes, nos dias 29 e 31, e “ultimato”, por duas vezes, nos dias 4 e 5.

A “Folha de S.Paulo” descreve o processo como “uma batalha que (o Governo) travava contra o maior grupo de comunicações”, afirmando ainda que “A sentença da Corte Suprema que ratificou a Lei de Mídia da Argentina não afetará o protagonismo e a influência do grupo Clarín em vários setores” e que “Com a lei, Cristina terá nova arma para tentar abafar a insatisfação crescente de diversos segmentos da sociedade”, elevando o grupo de mídia como herói e mártir e transformando presidenta em vilã: “Desde que o Clarín desembarcou do governo Kirchner, no primeiro mandato de Cristina, as autoridades deflagraram campanha de difamação à principal acionista do grupo”.

O jornal brasileiro “O Globo”, por sua vez, deu pouquíssima atenção à cobertura Lei de Meios, publicando apenas 6 matérias. Foram duas no dia 29, dia da decisão da Suprema

Corte, duas no dia seguinte, uma no dia 31 e mais uma no dia 4. A pouca atenção dada pode ser explicada pela semelhança de estruturas entre as organizações “Globo” e “Clarín”. O grupo “Globo” é o maior conglomerado de mídia brasileiro (e, inclusive, da América Latina), assim como o “Clarín” na Argentina. Na “Rede Globo de Televisão”, o grupo tem sua principal empresa, sendo a maior rede do país a segunda maior do mundo (atrás apenas da ABC, dos Estados Unidos). Também entre as semelhanças, está o fato de ambas as organizações possuírem atividades e canais em TV gratuita e paga, satélites, jornais, revistas e websites.

Com isso, é possível inferir que “O Globo” dá deliberadamente pouco destaque à decisão antimonopolista, já que prejudicaria muito o grupo se iniciativas que buscam a democratização da comunicação ganhassem força na América Latina, influenciando o governo e população brasileira.

No entanto, mesmo com poucas matérias, é possível observar, na escolha de palavras dos jornalistas, a posição do grupo “Globo”. O jornal segue a mesma linha da “Folha de S.Paulo”, porém de maneira mais brusca. Refere-se, em um texto do dia 30, ao processo como uma “guerra entre o Clarín e o governo Kirchner”. Em uma mesma reportagem, publicada no dia 29, lê-se que:

vencer a queda de braço com o Clarín era prioridade (...) Nos últimos 4 anos, a presidente, seus ministros e movimentos aliados participaram de intensa campanha contra o grupo (Clarín) (...) Na visão de muitos analistas, a Lei de Meios foi pensada, basicamente, como instrumento para enfraquecer o maior conglomerado de comunicação da Argentina.

A estratégia de colocar o governo argentino como contrário à livre prática do jornalismo e expressão de opinião é clara, tendo em vista que em uma matéria do dia 30 de outubro afirma-se que “a declaração de constitucionalidade da Lei de Meios por parte da Corte Suprema de Justiça argentina colocou em estado de alerta jornalistas, donos de meios de comunicação e representantes de associações de defesa da liberdade de expressão, que temem um processo compulsório e arbitrário de adequação do grupo Clarín à lei. O procedimento será comandado pela Autoridade Federal de Serviços Audiovisuais, cujos diretores foram designados pela presidente Cristina Kirchner e estão totalmente alinhados com a posição da Casa Rosada”.

Entre os jornais argentinos, foram escolhidos o “La Nación” e o “Página 12”. O “La Nación” foi fundado em 4 de janeiro de 1870 pelo ex-presidente Bartolomé Mitre. Possui uma tiragem de 160 mil exemplares de segunda-feira a sábado e de 250 mil aos domingos,

representando 20% da circulação diária de jornais em Buenos Aires. O jornal é a principal liderança da direita conservadora da Argentina e sempre foi considerado um canal de expressão da Igreja Católica, das Forças Armadas e do setor ruralista. Até hoje o jornal pertence à família Mitre e o diretor atual é Bartolomé Mitre, bisneto do fundador.

O “La Nación” foi o jornal que publicou mais material, com 118 reportagens em duas semanas. Foi também o único que já fazia matérias sobre a Lei de Meios uma semana antes da decisão da Suprema Corte, publicando um texto no dia 22 de outubro. No dia 24, publicou mais duas matérias e uma no dia 27. Já no dia 29 de outubro, dia da decisão, foram 24 matérias, enquanto no dia seguinte, dia 30, foram 34. O grande número continuou no dia 31 de outubro, com a publicação de 21 textos. No dia primeiro, ele diminuiu, com apenas 9. Finalmente, foram dois textos no dia 2 de novembro, seis no dia 3, cinco no dia 4 e 13 textos no dia 5 de novembro.

A escolha de fontes usadas pelos jornalistas do “La Nación” já pode demonstrar qual a linha editorial que o diário deve seguir. Nas reportagens dos dias 22 e 24 de outubro, podem ser lidas diversas declarações da “SIP - Sociedad Interamericana de Prensa”, uma organização que manifestava-se claramente como oposta à Lei de Meios. Inclusive, o título da reportagem do dia 24 é: “La SIP advirtió que la ley de medios tiene cláusulas de censura indirecta”, com declarações como

(a SIP) acusó al gobierno argentino de intentar “silenciar a los medios que no comparten sus particulares visiones (...) que el Gobierno sigue mostrando distintos estándares a la hora de aplicar a la ley de medios, lo que lleva a la firma sospecha de que se apunta a avanzar sólo contra los medios independientes

No dia 27 de outubro foi publicado um editorial que mostra perfeitamente a posição do “La Nación”. Nele, podem ser lidas declarações como

esa sentencia marcará la frontera legal entre el esquema presidencialista autoritario del gobierno nacional y el ejercicio irrestricto de la libertad de prensa por las radios y canales de televisión abiertos al publico y los sistemas de TV domiciliarios (...) el oficialismo ha intentado imponer entre “amigos y enemigos” los medios independientes (...) nadie duda de que otro objetivo que se busca será el de evitar que esos medios continúen exponiendo ante la ciudadanía los actos de grosera corrupción administrativa que caracterizan a gran parte de la “década ganada”, lo cual fue posible pese a las enormes presiones sufridas por el periodismo crítico en niveles desconocidos desde el restablecimiento de la democracia.

O jornal chega a dizer que o governo pratica um presidencialismo absolutista, fazendo uma referência às monarquias absolutistas, comuns nos séculos XIII e XIV, e que todo o processo referente à Lei dos Meios é, na verdade, uma “Guerra contra el Grupo Clarín”, com “restricciones arbitrarias o caprichosas”. No final, o jornal ainda fala sobre a “demonización de los que han cumplido con su deber de mostrar y exponer los casos de corrupción administrativa o política”, referindo-se aos jornais afetados pela Lei de Meios e mostrando que segue a mesma linha de transformar o governo em vilão e o “Clarín” em herói que os jornais “Folha de S.Paulo” e “O Globo”, mas de maneira muito mais incisiva e agressiva.

Nas matérias publicadas pelo “La Nación” no dia 29, podem ser encontradas várias expressões e declarações tendenciosas, com o jornal falando sobre o “pacto entre el presidente de la Corte Suprema y el Gobierno”, em uma tentativa de deslegitimar a decisão sobre a Lei de Meios e a descrevendo como uma “revancha perfecta” e que “el radicalismo se pronunció por el fallo de la Corte Suprema de determinó la constitucionalidad de la ley de medios”. Afirma-se ainda que o governo “soñaba” com o veredicto. Ainda no dia 29, há uma matéria denominada “Ley de Medios: los argumentos de Carlos Fayat para votar contra”, em que são enumeradas todas as razões que levaram o juiz da Suprema Corte a votar contra a constitucionalidade da Lei de Meios. Em outra matéria do mesmo dia, afirma-se que “desguazar el Grupo Clarín” era uma das mais importantes “batallas de la gestión Kirchnerista”.

Já no dia 30 de outubro, em uma mesma matéria, o jornalista responsável descreve todo o processo de discussão sobre a constitucionalidade da Lei de Meios e a eventual decisão da Suprema Corte como “una batalla”, “una victoria estratégica”, uma revancha”, uma “guerra” e que “el fallo de ayer opera para el Gobierno como un bálsamo”. Em outras reportagens, o mesmo processo ainda é descrito como “el sueño (do Governo) de desmembrar al grupo Clarín”, “el fallo más esperado por el Kirchnerismo”, um “triunfo del Gobierno” e “un salvavidas que le permite recuperar oxígeno político” após um “largo conflicto entre el Gobierno y el multimédios”. É interessante observar que a decisão da Suprema Corte era extremamente esperada e foi muito comemorada por diversos setores da sociedade argentina, mas o jornal afirma sempre que a “batalla” era entre o governo Kirchner e o “Clarín”, deixando de lado as manifestações sociais favoráveis à decisão.

Ainda no dia 30, em uma mesma matéria, afirma-se que os juízes que votaram a favor do “proyecto oficial” colocaram os meios audiovisuais à disposição do governo e que “configura un grave retroceso para restablecer la plena vigencia de la libertad de expresión en la Argentina”, afirmando ainda que

la concepción dogmática que emana de los votos pronunciados por los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Enrique Petracchi y Eugenio Zaffaroni, al estar desprovista de todo fundamento empírico, colisiona con nuestra realidad sociopolítica y con el propio sistema político impuesto por la democracia constitucional.

A matéria ainda afirma que a sentença “se abstrae de la realidad” e que é uma “solución absurda a la luz de la sensatez jurídica”.

Há ainda um artigo de opinião, publicado também no dia 30 de outubro no “La Nación”, extremamente ácido. O tom áspero já começa no título: “Kirchner quiso pactar con Clarín y, como no pudo, le declaró la guerra”. Nele, afirma-se que

El Gobierno, además, había encontrado finalmente su razón de ser: una persistente cruzada contra los medios de comunicación en general y contra Clarín en particular como combustible y leitmotiv de sus movimientos públicos de allí en más. (...) pasaron cuatro largos años de laberintos judiciales, chicanas políticas y ásperos enfrentamientos periodísticos en torno de si debía o no Clarín desinvertir, verbo antipático que después fue cambiado por otro algo menos bélico (adecuarse), pero de efectos idénticos. (...) Es la historia recurrente del peronismo: las adversidades son reconvertidas en sacrificios casi religiosos en nombre de la patria, en tanto que los triunfos son elevados a la categoría de epopeyas extraordinarias exaltadas con euforia militante.

O “La Nación” publicou outro editorial no dia 31 de outubro, com o título: “La libertad de expresión sigue amenazada”, seguido por uma linha fina que afirmava: “La sentencia de la Corte sobre la ley de medios encierra graves consecuencias para el derecho de propiedad y la seguridad jurídica”. Nesse editorial, o jornal é extremamente incisivo, afirmando que vem sempre reiterando que a Lei de Meios, ao invés de ampliar a pluralidade de vozes, tem como principal fim castigar um grupo em particular, que passou a ter uma linha editorial contrária ao pensamento oficial, referindo-se claramente ao “Clarín”. De acordo com o jornal,

El objetivo que se trazó el oficialismo con esta norma no era privilegiar la democratización de la palabra, sino acallar las voces críticas y avanzar hacia la conformación de un conglomerado de medios de comunicación paraoficiales, al servicio del proyecto hegemónico del gobierno de Cristina Fernández de Kirchner.

Afirma-se, nessa mesma matéria, que a Lei de Meios é, na verdade, “un ataque a medios de comunicación que las autoridades nacionales consideraban molestos”.

Nos dias seguintes, é possível encontrar várias menções negativas à presidenta Cristina Kirchner, onde afirma-se que “el kirchnerismo no está muerto y que, al menos, su aptitud para hacer daño no será mucho menor que antes” (data: 01.11.2013), “con el kirchnerismo nunca se sabe” (data: 05.11.2013) e que Cristina seria “una presidenta derrotada” (data: 03.11.2013) e que a decisão da Corte Suprema funcionaria como “un favor a la presidenta” (data: 03.11.2013).

Por outro lado, ainda no “La Nación”, é possível encontrar textos que consideram a Lei de Meios como positiva, mesmo que em quantidade bem menor. No dia 29 de outubro, um jornalista entrevistou o ministro de Defesa, Agustín Rossi, que afirmou que “es un triunfo de todo el pueblo argentino porque la ley de medios es una construcción colectiva”. No dia 30, foi publicado outro artigo de opinião, só que dessa vez favorável à decisão da Suprema Corte. Nele, pode-se ler que, ainda há muito trabalho pela frente, mas que a Lei de Meio interessa toda a sociedade e que “esa audiencia pública fue un rico debate. La sociedad volvió a participar”, classificando o dia 29 de outubro de 2013 como “un día para recordar”. No dia primeiro de novembro, há outra reportagem que examina judicialmente e historicamente a decisão, com o título “Uno de los fallos más difíciles de la historia democrática”, em que podem ser lidos elogios à Suprema Corte:

Ponía en juego mucho y muy valioso para el futuro de nuestra democracia. La Corte lo falló de manera valiosa, podremos estar de acuerdo o no con lo que resolvió, pero el fallo fue responsable, meditado, serio y honesto.

Com uma posição oposta ao “La Nación”, está o segundo jornal argentino escolhido para análise: o “Página 12”, fundado no final da ditadura, em 26 de maio de 1987. Conhecido por sua posição de esquerda e socialista democrática é o terceiro jornal de maior circulação no país, com uma tiragem de 51.000 exemplares por dia. O periódico é conhecido por se diferir do resto da mídia argentina com seu jornalismo crítico, matérias muito desenvolvidas e ricas em análises, o que costuma contrastar com os jornais convencionais. Segundo pesquisas, 58% dos leitores do jornal têm entre 18 e 52 anos e pertencem as classes média e média alta. O atual editor-chefe é Ernesto Tiffenberg.

Portanto, com seu posicionamento esquerdista, o “Página 12” costuma apoiar a presidenta Cristina Kirchner e, principalmente, a Lei de Meios. Por isso, é interessante observar a diferença de tratamento que o jornal fornece, reportando os mesmos fatos que o “La Nación”, mas de maneira oposta.

O jornal publicou 73 reportagens relacionadas à Lei de Meios entre 22 de outubro de 5 de novembro, uma semana antes até uma semana depois da decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade da legislação. A única matéria publicada antes da decisão foi no dia 28 de outubro, um dia antes. Foram nove reportagens no dia 29, 15 no dia seguinte e mais 15 no dia 31. No dia primeiro de novembro, foram sete matérias, com seis no dia 2, mais quatro no dia 3 de novembro, sete no dia 4 e, por fim, nove reportagens no dia 5 de novembro.

Já no dia 29 de outubro, foi publicada uma espécie de artigo de opinião, na qual afirma-se que

Para el periodista de Página/12, el fallo representa, además, "una batalla democrática ganada, porque nunca antes hubo una resistencia tan explícita de un poder económico corporativo contra una ley sancionada en plena democracia.

É interessante observar que todos os outros três meios analisados também usavam o termo “batalha” para designar o processo de quatro anos que levou à decisão da Suprema Corte, mas apenas o “Página 12” afirmou que foi uma “batalha democrática vencida”, enquanto o “Globo”, “Folha de S.Paulo” e “La Nación” exploravam o sentido negativo da palavra “batalha”, normalmente colocando-a em um contexto Governo versus Clarín.

Em outra matéria, publicada no dia 30 e com o título: “El festejo llegó al Congreso”, um jornalista conta como foram as manifestações de comemoração da população que torcia pela aprovação e implementação da Lei de Meios. A reportagem já começa de maneira a exaltar a decisão, dizendo “Los fuegos artificiales estallaron contra un cielo que ninguna nube cruzaba”. Dessa maneira, o “La Nación” trabalha no ciclo oposto dos outros jornais analisados, buscando transformar o governo e os juízes da Suprema Corte em heróis vencedores, ao invés do grupo “Clarín”.

Ainda no dia 30, é possível ler menções à Lei de Meios como “un fallo largamente esperado”, “una de las decisiones más trascendentes y esperadas de la historia judicial de los últimos 30 años” e “la primera elección de recuperación democrática”. Em uma das reportagens desse mesmo dia, afirma-se que “la decisión (...) completa un salto de calidad de las instituciones democráticas” e também é possível ler ataques diretos ao Clarín: “el terrorismo verbal se comprende, lo (Clarín) viene ejercitando desde hace cuatro años (...) la Corte decidió contra la ambición desmedida del multimedios y le impulso las costas del juicio”.

No dia 31 de outubro, foi publicada uma crônica de um jornalista que assume um tom coerente, afirmando que a decisão da Suprema Corte deve ser celebrada, mas que o trabalho não acabou, fazendo uma crítica feroz às empresas de comunicação e seus colunistas:

ciertamente es de celebrar que la Corte Suprema haya declarado la constitucionalidad de la ley de medios, pero eso no significa que vayamos a asistir a un cambio en el comportamiento ni de las empresas ni de sus columnistas (...) es muy probable que insistan en sus mentiras tendenciosas (...) la maquinaria político-periodística que los orienta— se ha acostumbrado a ver solamente lo que quiere ver, aunque no se corresponda con la realidad.

Em um artigo do dia primeiro de novembro denominado “Medios, justicia y democracia”, o jornalista discorre sobre “el sueño de un país normal”, parafraseando o discurso de Néstor Kirchner quando assumiu a presidência. Nele, o autor fala sobre mais seriam os sonhos de um país normal e exalta a Lei de Meios, afirmando que

Lo importante de este fallo es, en suma, que la libertad de expresión deja de ser un concepto vacío, pasa a ser un derecho. Un derecho conquistado por la democracia. Por la sociedad, que participó como pocas veces en la constitución de una ley. La forma en que esta ley nació es la mejor garantía de sus aspiraciones plurales. Esta ley viene a hacer ver, a hacer escuchar otras voces que el mercado no escucha, porque no son rentables.

Além de colocar grande parte do crédito da aprovação da Lei nas mãos da sociedade, ele também afirma que ela “Pone el interés público (la libertad, el derecho a ser escuchado) por sobre el interés privado (rentabilidad)”, sendo este, portanto, o sonho de um país normal.

Em outro artigo, dessa vez publicado no dia 2 de novembro, o jornalista já começa afirmando que: “La historia leerá la aplicación de la ley de medios como la capacidad de la institucionalidad democrática de sobreponerse a poderes corporativos”. No artigo, o autor critica duramente o grupo “Clarín”, afirmando que é “un grupo acostumbrado a no tener límites” e finaliza dizendo que a história possui diversos exemplos de momentos em que os interesses de grandes empresas prevaleceram sob o interesse público, mas:

Lo que está en juego con la ley de medios, además de la democratización de la información, es mostrar a las nuevas generaciones que en democracia las instituciones pesan más que las corporaciones, que los cambios son posibles en paz y democracia.

Ainda no dia 2, em uma coluna semanal, o jornalista do “Página 12” convoca o leitor a festejar: “Entonces, querido lector, festejemos que votamos, festejemos que hace 30 años

seguidos elegimos a quienes gobiernan, festejemos la posibilidad de más medios de expresión, festejemos la libertad”.

Em duas reportagens seguintes, do dia 03 e dia 05 de novembro, é possível ler menções à Lei de Meios como “fruto de una construcción social”, “el fallo tan esperado”, sempre colocando a sociedade como agente de mudança e maior responsável pela nova legislação, criando um grande sentimento de coletividade ao usar a terceira pessoa do plural, aproximando-se do leitor ao afirmar: “los que apoyamos y saludamos, con la inmesa mayoría, el nuevo estado de cosas (...) llegó a hora del servicio, la creatividad, la confrontación genuina y la buena leche”.

Por fim, na última matéria analisada pela pesquisa, publicada no dia 4 de novembro de 2013, o jornalista responsável discorre sobre o que a sociedade argentina ganhou com a aprovação da constitucionalidade da Lei de Meios. O artigo se chama “Los intocables” e fala também sobre a importância da derrota judicial de um grande grupo empresarial, normalmente intocável pela justiça: “el dictamen de la Corte tiene un valor apabullante acerca de lo que es posible conquistar cuando hay decisión política de enfrentar a los grandotes”. Segundo o autor, a luta para a aprovação da constitucionalidade da lei foi uma “batalla a los intocables”, na qual:

Le ganó una firmeza, una vocación, un poner fichas contra quien era invencible, una creación de clima progre y decidido, un triunfo de la política cuando parecía que los grandes políticos y la gran militancia social se habían extinguido en los brazos neoliberales de los grandes dueños de la economía. Eso es lo que ganó.

CONCLUSÃO

Após a realização da leitura e análise de mais de 200 matérias, de dois países diferentes e quatro empresas jornalísticas distintas, e estudo sobre os direitos fundamentais pode-se destacar sobre o quão importante é a liberdade de expressão do pensamento, que almeja proteger os mais diversos tipos de discursos – de acordo com a clássica teoria do direito constitucional brasileiro, a liberdade de expressão do pensamento é o direito fundamental que qualquer pessoa tem de exteriorizar, sob qualquer forma, o que pensa sobre qualquer assunto. (SILVA, 2010) – Se não fossem livres, todos os veículos produziriam as matérias da mesma forma, sob o mesmo ponto de vista e angulação, de forma a deixar de fora outras interpretações também muito importantes. Portanto, é importante e válido que esse

cenário de concentração midiática tenha sido enfrentado na América Latina por iniciativas como a Lei de Meios e que iniciativa como estas possam também encontrar eco em nosso país.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Ley 26522 servicios de comunicación audiovisual*. Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração de Princípios sobre a liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>. Acessado em 19 de agosto de 2015.

Organização dos Estados Americanos. **Pacto de San José de Costa Rica**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

UNESCO. **Indicadores de desenvolvimento de mídia**. Brasília: UNESCO, 2010. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001631/163102por.pdf> Acessado em 19 de agosto de 2015.

SILVA, José. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITOS DE PERSONALIDADE EM CONFLITO: análise comparativa das decisões proferidas pelo STF na ADPF 130 e na Rcl 9428

Carlo José Napolitano¹⁷

O presente texto objetiva estabelecer uma análise comparativa das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento Fundamental 130, de abril de 2009, que declarou não recepcionada a lei de imprensa e na Reclamação 9428, de dezembro do mesmo ano, envolvendo o jornal O Estado de São Paulo e Fernando José Macieira Sarney.

A hipótese do trabalho é que o STF, no mesmo ano, adotou posicionamentos contraditórios em relação à temática da liberdade de imprensa quando em conflito com os direitos de personalidade, utilizando-se de desculpas processuais, colocando aquele direito fundamental em questão.

Considera-se que “a colisão entre a liberdade de informação, de um lado, e os direitos de personalidade, de outro, é um fenômeno recorrente de colisão entre direitos fundamentais”. (STROPPIA, 2015, p. 400).

Para cumprir o escopo do trabalho, o texto está assim estruturado: indicação da metodologia de trabalho; apresentação das decisões do STF; apontamentos sobre as questões processuais utilizadas pela Corte na Reclamação 9428 para a tomada de decisão; o processo decisório e os precedentes na Corte; considerações sobre os julgados em sede de conclusão.

METODOLOGIA DO TRABALHO

Para a realização do presente trabalho, o método utilizado foi o indutivo, aplicando-se técnica de pesquisa semelhante a do estudo de doutoramento elaborado pelo autor¹⁸.

A análise dos julgados consistiu na leitura minuciosa dos acórdãos proferidos pelo Supremo nas duas ações, tendo sido analisado especialmente o relatório, o voto do Ministro relator e a ementa da decisão. Para a análise dos julgados considerou-se: quem foi o proponente da ação; qual o pedido feito na ação; se a decisão foi consensual ou não, ou em outros termos, se a decisão foi tomada de forma unânime ou por maioria de votos.

¹⁷ Professor do Departamento de Ciências Humanas e do Programa de Pós-Graduação em Comunicação, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, UNESP/Bauru/SP, e-mail: carlonapolitano@faac.unesp.br.

¹⁸ Napolitano (2008).

Especial atenção na análise foi conferida à ementa e ao relatório das decisões, pois considera-se, de acordo com Silva (2013, p. 568), que esses documentos expressam “*the only two collective products of this decision-making process*” (os únicos dois produtos coletivos do processo de decisão – tradução minha) do Supremo.

Ademais, tal como considerado na tese de doutoramento, reconhece-se que ao relator são atribuídas inúmeras funções decisórias, como por exemplo: ordenar e dirigir o processo, submeter questões de ordem ao plenário, determinar as medidas em caráter de urgência, com apreciação *ad referendum* do colegiado, pedir dia para julgamento dos processos quando já tiver proferido o seu voto. Ainda poderá arquivar ou negar recurso intempestivo, incabível ou que contraria jurisprudência do tribunal, dentre outras funções.

O relator, portanto, exerce uma função privilegiada em relação aos demais membros julgadores, concentrando em suas mãos grandes poderes, “isso porque é ele quem escreve o relatório distribuído para os outros Ministros tomarem conhecimento do caso, sendo dele a primeira opinião a ser manifestada sobre o assunto.” (OLIVEIRA, 2006, p. 87).

Na análise dos julgados deu-se ênfase aos argumentos colocados em questão pelos Ministros relatores que foram reproduzidos em trechos e na íntegra e ao final da apresentação dos argumentos dos Ministros foram traçadas breves considerações sobre o julgado.

1 A APRESENTAÇÃO DOS JULGADOS

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, em 19 de fevereiro de 2008¹⁹.

O PDT questionou nessa ação a constitucionalidade da lei federal n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, conhecida como a Lei de Imprensa e que dispunha sobre liberdade de manifestação do pensamento e de informações.

O partido contestou, na Arguição, inúmeros artigos da referida lei, alegando que os mesmos não foram recepcionados pela nova ordem constitucional instalada em 05 de outubro de 1988, em especial pelos artigos 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV e 220 a 223, fez alegação pontual de incompatibilidade para cada artigo da lei. Fez também pedido alternativo requerendo a declaração da incompatibilidade total da lei com a atual constituição. O cerne da discussão, portanto, estava relacionado à recepção ou não da lei de imprensa pela nova ordem constitucional.

¹⁹ Para aprofundamento da temática Napolitano (2011).

Em 01/04/2009 foi apresentado o relatório e iniciado o julgamento, votando o relator Ministro Carlos Ayres Britto pela procedência do pedido, acatando os argumentos do partido político. O julgamento foi interrompido, retornando à pauta em 30 de abril quando foi encerrado.

O Ministro relator após apresentar o seu relatório, proferiu um extenso voto, por escrito, no sentido de admitir a alegada inconstitucionalidade, apresentando em resumo os seguintes argumentos: inicia o seu voto abordando questões conceituais sobre a imprensa e tecendo comentários sobre a importância de uma imprensa livre, disse que a imprensa mantém com a democracia uma relação mútua de dependência e retroalimentação. Para o relator a constituição federal de 1988 garante direitos relacionados à atividade da imprensa no artigo 5º e nos artigos 220 e 223. Para o Ministro os direitos previstos no artigo 5º configuram uma espécie de sobredireitos, sendo somente possível cobrar-se (definir) situações jurídicas decorrentes desses sobredireitos *a posteriori*. Nesse sentido diz o Ministro

para a Constituição, o que não se pode é, por antecipação, amesquinhar os quadrantes da personalidade humana quanto aos seguintes dados de sua própria compostura jurídica: liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão em sentido genérico.

Desta forma, somente se garante esses direitos em sua plenitude, “colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros”. Completa o Ministro dizendo que em matéria constitucional “quem quer que seja pode dizer o que quer que seja” sem restrições *a priori*.

Ainda segundo o Ministro Britto o texto constitucional garante aos direitos relacionados à liberdade de expressão uma “hierarquia axiológica”, uma “primazia político-filosófica”. Diante disso, para Britto não pode a lei “dispor sobre as coordenadas de tempo e de conteúdo das liberdades de pensamento e de expressão ... pois esse tipo de interposta ação estatal terminaria por relativizar o que foi constitucionalmente concebido como absoluto.” Esses direitos são segundo o Ministro relator “normas irregulamentáveis”.

O voto do Ministro relator foi acompanhado, na íntegra, pela maioria dos Ministros do Supremo.

Em síntese, especificamente em relação à liberdade de imprensa verifica-se que o STF sugere a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de sobredireitos. Pela decisão, a

liberdade de expressão configura um direito fundamental que deve prevalecer sobre os demais.

Essa tese dos sobredireitos contraria a teoria dos direitos fundamentais, em especial, o princípio da concordância prática ou harmonização. Esse princípio indica que, na aplicação do direito, devem ser utilizados critérios de proporcionalidade, buscando-se o máximo da aplicação do direito fundamental, com um mínimo de prejuízo dos demais direitos fundamentais envolvidos no caso concreto. Com a decisão, o STF criou um caso de cessão de direitos em prol da liberdade de imprensa, o que afronta esse princípio mencionado²⁰.

A despeito dessa inovação e das críticas que ela possa receber e que já foram apresentadas em outro trabalho (NAPOLITANO, 2011), pode-se entender, de outro lado, que a decisão tomada amplificaria a democracia brasileira, carente de informações, em especial, quanto ao envolvimento de personalidade públicas e políticas em esquemas relacionados a malversação de dinheiro público.

Em relação à Reclamação 9428, a questão de fundo foi apresentada por Silva, C. (2010) da seguinte forma

em 30 de julho de 2009, [...] um desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Dácio Vieira, proibiu em decisão liminar o jornal “O Estado de S. Paulo” de publicar qualquer informação relativa à Operação Boi Barrica, ação da Polícia Federal que investigava, entre outros, Fernando Sarney, filho do presidente do Senado e ex-presidente da República, José Sarney, então sob acusação de estar envolvido ou de ter praticado inúmeros atos ilegais. A investigação da PF corria sob sigilo de Justiça. Se não respeitasse a decisão – que não foi divulgada por também ser sigilosa -, o jornal seria punido com multa de R\$ 150 mil por reportagem publicada. O jornal cumpriu a determinação do desembargador. Nenhum outro veículo se dispôs a publicar as informações de que ele dispunha por presunção (corroborada pela maioria dos advogados especializados) de que também seriam impedidos de fazê-lo e punidos se o fizessem. Em setembro, outubro e novembro, no entanto, a “Folha de São Paulo” publicou trechos de gravações da Polícia Federal feitas durante a Operação Boi Barrica, mas não disse que sua origem era essa operação. A Justiça não reagiu contra a “Folha de São Paulo”. “O Estado de S. Paulo” entrou com recurso. Mas outro desembargador, Walter Leônico, do mesmo tribunal, manteve a liminar sob o argumento da prudência, até obter mais informações de seu colega e do Ministério Público sobre o caso. [...]. Em novembro, o jornal entrou com recurso junto ao STF, mas o ministro que o recebeu também pediu prazo até dezembro, para decidir.

A questão processual da Reclamação tratava-se de um questionamento do O Estado de São Paulo em relação a uma tutela inibitória ajuizada e concedida em favor de Fernando José

²⁰ Para aprofundamento da temática ver: CANOTILHO (1999) e ROTHENBURG (1999).

Macieira Sarney, proibindo-se o jornal de divulgar informações jornalísticas a respeito da operação citada acima, argumentando que a investigação corria em segredo de justiça.

A alegação do jornal na Reclamação foi de que a decisão contrariava frontalmente a decisão proferida pelo STF na ADPF 130, alega ainda que a tutela inibitória configuraria censura previa.

Na Reclamação assim deliberou o STF, em ementa, em 10 de dezembro de 2009:

Proibição de reprodução de dados relativos ao autor da ação inibitória ajuizada contra empresa jornalística. Ato decisório fundado na expressa invocação da inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. Contraste teórico entre liberdade de Imprensa e os direitos previstos nos arts. 5º, incs. X e XII, e 220, caput, da CF. Ofensa à autoridade do acórdão proferidos na ADPF n. 130, que deu por não recebida a Lei de Imprensa. Não ocorrência. Matéria não decidida na ADPF. Processo de reclamação extinto, sem julgamento de mérito. [...]

Para fins deste trabalho, importa apenas analisar a afronta ao precedente da ADPF 130 e a negativa da Corte de reconhecer essa questão, conforme alegado pelo O Estado de São Paulo.

De acordo com o relator na Reclamação, Ministro Cezar Peluso não ocorreu na tutela inibitória “desacato algum à autoridade do acórdão exarado na ADPF n. 130, assim contra seu comando decisório (*iudicium*), como em relação aos seus fundamentos ou, como se diz, aos seus motivos determinantes (*rationes decidendi*).

Para o relator, que foi acompanhado pela maioria do Tribunal, quanto ao decisório (*iudicium*), a questão na ADPF era para declarar a não recepção da lei de imprensa pela nova ordem constitucional, ao passo que a tutela inibitória pleiteava a proteção de direitos da personalidade. Da mesma forma, não encontra fundamentos para acatar a alegada ofensa aos motivos determinantes da decisão (*rationes decidendi*) proferida na Arguição. Justifica o Ministro a sua posição alegando que somente podem ser invocados os motivos determinantes quando as ações são idênticas, o que não seria o caso. Ressalta ainda que não é possível extrair *rationes decidendi* do acórdão paradigma posto que na decisão o que houve foi a exposição de “meras opiniões pessoais isoladas”. Menciona ainda que a ementa do acórdão da ADPF reflete “apenas a posição pessoal do eminente Min. Relator, não a opinião majoritária da Corte”. Por fim, aduz que a Corte entende ser necessária a ponderação prática entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, relativizando-se os princípios.

O Ministro relator também tece comentários sobre a teoria dos motivos determinantes, nos seguintes termos:

De todo modo, não me escuso, na oportunidade, de enfatizar a parcimônia, senão o rigor e precisão, com que deve acolhida, entre nós, a teoria da chamada *transcendência dos motivos determinantes*, à vista do singular modelo deliberativo historicamente consolidado neste Supremo Tribunal Federal. É que aqui, diferentemente do que sucede em outros sistemas constitucionais, não há, de regra, tácita e concordância necessária entre os argumentos adotados pelos Ministros, que, em essência, quando acordes, assentimos aos termos do capítulo decisório ou parte dispositiva da sentença, mas já nem sempre sobre os fundamentos que lhe subjazem. Não raro, e é coisa notória, colhem-se, ainda em casos de unanimidade quanto à decisão em si, públicas e irredutíveis divergências entre os fundamentos dos votos que a compõem, os quais não refletem, nem podem refletir, sobretudo para fins de caracterização de paradigmas de controle, a verdadeira *opinion of the Court*.

Por fim, o Ministro se manifesta pela extinção do processo, pela inadequação da via processual escolhida pelo O Estado de São Paulo, não havendo julgamento do mérito.

Para a análise do julgamento proferido na Reclamação impõe-se a necessidade de abordar a questão do processo decisório do Judiciário e do precedente judicial, que serão tratados a seguir.

O PROCESSO DECISÓRIO NO SISTEMA DE JUSTIÇA E A QUESTÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL

Como nota característica do processo decisório judicial, indica-se que há, neste poder, a necessidade dos juízes e tribunais, ao proferirem suas decisões, exporem suas razões de decidir, ou nas palavras da constituição brasileira, o dever de fundamentar as decisões. Para Cappelletti (1993, p. 98), essa técnica pode ser encarada como uma forma de convencimento do público da legitimidade das decisões proferidas pelo judiciário e de assegurar ao cidadão que as decisões jurídicas “não resultam de capricho ou idiossincrasias e predileções subjetivas dos juízes”.

No mesmo sentido, Vieira (1999, p. 216) aponta que “o ponto crucial de controle desta atividade argumentativo-decisória é a obrigação de o magistrado fundamentar e justificar as razões que o levaram a uma determinada decisão.”.

É uma regra de consistência que configura no dever de fundamentação substancial. Os juízes, desse modo, devem justificar e fundamentar suas decisões em todas as fases do

processo decisório judicial, com isso o juiz presta conta de suas decisões pelos parâmetros legais levados ao processo, como as provas acolhidas e os argumentos utilizados na decisão.

No caso da Reclamação 9428 a fundamentação utilizada pela Corte para negar o provimento solicitado pelo O Estado de São Paulo foi a consideração de não desacato à decisão e aos fundamentos do acórdão proferido na ADPF 130.

Como é sabido, a vinculação aos precedentes é um tema relativo ao sistema jurídico do *common law*²¹ e por isso é necessário enfrentar essa questão.

A regra do precedente está vinculada ao princípio do *stare decisis*, simplificação da expressão *stare decisis et quieta non movere*, que significa, mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido (MORAES, 2006). Essa regra obriga os juízes e tribunais a respeitarem as suas decisões pretéritas e, no caso dos juízes de primeiro grau, as decisões dos tribunais superiores em casos semelhantes, o que, de certa forma, confere homogeneidade às decisões, o que reduz a insegurança (ARANTES, 1997) e valoriza o precedente jurídico (MELO, 2002).

O instituto é utilizado predominantemente nos países de direito anglo-saxão, segundo o qual os juízes e tribunais se obrigam a seguir os precedentes judiciais (ROSEN, 2002). Esse método, em regra, não encontra aplicabilidade nos sistemas jurídicos do *civil law*, como é o caso brasileiro.

Esse princípio é salutar a um sistema de justiça, pois confere aos seus julgamentos maior racionalidade, evitando-se, dessa forma, decisões contraditórias por parte dos órgãos do poder judiciário.

Tendo em vista a necessidade de racionalizar os trabalhos da justiça brasileira, em especial do Supremo Tribunal Federal, foi incorporado, ao nosso sistema de justiça, o “*stare decisis*”, através da Emenda Constitucional n. 03, de 17/03/1993, tendo sido a sua aplicabilidade ampliada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8/12/2004. A EC n. 03 permitia a aplicação desse princípio somente para as decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade. Entretanto, com a EC n. 45, a possibilidade de aplicação dos efeitos vinculantes foi bastante ampliada, permitindo-se, de forma expressa, a aplicabilidade dessa regra também para as ações diretas de inconstitucionalidade e a possibilidade de vincular outras decisões proferidas pelo Supremo tendo em vista a validade, a interpretação e a eficácia das normas.

Essa possibilidade do STF de vincular as suas decisões independentemente do tipo de procedimento ao qual está a decisão atrelada, passou a ser denominada como súmula vinculante. O objetivo da introdução desse procedimento no sistema de justiça é evitar a insegurança jurídica e a multiplicação de processos sobre questões idênticas, aproximando-o, assim, do sistema norte-americano.

Segundo Vianna et al (1997), no sistema judicial brasileiro, vem ocorrendo, já há algum tempo, uma convergência dos sistemas do *common law* e do *civil law*, podendo-se até se falar na

²¹ Para um maior detalhamento ver (Oliveira e Frezza, 2013).

commonização do sistema brasileiro (OLIVEIRA E FREZZA, 2013). Moraes (2006, p. 514) assinalou que a súmula vinculante, instituída pela EC n. 45/04, “[...] corresponde à tentativa de adaptação do modelo do *common law* (*stare decisis*) para o nosso sistema”.

A não adoção do *stare decisis*, nos sistemas da *civil law*, segundo Cappelletti (1992), pode acarretar inegáveis prejuízos e consequências perigosas, como incertezas jurídicas e conflitos constantes entre órgãos de governo e mesmo do judiciário.²²

A regra do precedente é tratada por Ferraz Jr (2008, p. 209) como o “costume jurisprudencial”, que tem por traço fundamental a obrigação dos tribunais inferiores acatarem as decisões dos superiores e a obrigatoriedade desses seguirem as suas próprias decisões e “o que vincula no precedente é sua *ratio decidendi*, isto é, o princípio geral de direito que temos de colocar como premissa para fundar a decisão”, ou em outras palavras “o núcleo do raciocínio ou razões sem as quais não se chegaria à conclusão do julgamento”. (OLIVEIRA E FREZZA, 2013, p. 45).

Com esse apontamento, é possível estabelecer algumas considerações sobre os julgamentos.

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS JULGADOS

O que chama a atenção nos julgados é a mudança radical de posicionamento do STF em relação ao mesmo tema, em curto espaço de tempo.

Na ADPF decidiu o Supremo que a liberdade de imprensa tem prioridade em relação aos direitos de personalidade, conforme dito, inovando o sistema jurídico, enquanto na Reclamação o entendimento volta a ser da relatividade dos direitos fundamentais. A despeito de se considerar uma inovação e sem precedentes na teoria dos direitos fundamentais, como dito alhures (NAPOLITANO, 2011), a decisão na Arguição pode ser considerada benéfica para a democracia brasileira, historicamente carente de informações, quando a liberdade de imprensa precede outros direitos, sendo esses garantidos e assegurados após o dano.

Nesse sentido, Stroppa (2015, p. 403) indica que a “interpretação da Constituição deixa claro que houve a opção pela responsabilização *a posteriori* pelos abusos eventualmente cometidos, ao invés de uma atuação de impedimento da divulgação”. Ainda de acordo com a autora,

um entendimento contrário poderia ter um efeito demasiadamente inibidor sobre a atuação dos meios de comunicação. Primeiramente porque mesmo que a suspensão da divulgação fosse feita por decisão judicial provisória, ela já seria apta a retirar a atualidade da informação jornalística, e conseqüentemente, o seu impacto. Em segundo lugar, em razão de a veiculação das notícias poder vir associada à formulação de críticas à atuação, atividade ou conduta dos indivíduos envolvidos, os quais não

²² Uma análise aprofundada sobre o processo decisório da justiça e do *stare decisis* foi apresentada em Napolitano (2008).

podem simplesmente obstar a divulgação alegando a violação de seus direitos da personalidade.

O que chama mais a atenção é a desconsideração do acórdão proferido meses antes na ADPF, ademais, quando se entende, conforme dito acima e de acordo com Silva (2013, p. 568), que a ementa é um produto coletivo do processo de decisão da Corte.

Nessa oportunidade, o STF perdeu uma grande chance de reiterar a decisão da ADPF ou até mesmo rechaçar a tese de que os direitos relacionados à liberdade de expressão são sobredireitos em relação aos demais.

Considera-se, também, que o Supremo, na Reclamação, perdeu uma grande oportunidade de deliberar sobre a questão dos precedentes na própria Corte e enfrentar um tema crucial, qual seja, a opinião da corte, ou na expressão do Ministro Peluso, “*opinion of the Court*”.

Mesmo que o relator da Reclamação entenda que não havia semelhança entre o que foi julgado ADPF e na Reclamação, a simples leitura dos julgados confirma a afinidade. Essa resistência à adoção da vinculação dos precedentes pode ser compreendida como um aspecto da “cultura jurídica brasileira, ainda impregnada do ranço do livre convencimento e autonomia funcional do magistrado, despreza os precedentes”. (OLIVEIRA E FREZZA, 2013, p. 61). Entende-se também, de acordo com os autores, que a vinculação da “*ratio decidendi*” pode ser considerada como um mecanismo imprescindível para a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Também chama a atenção o fato do STF na Reclamação ter utilizado mais uma vez de desculpas processuais para julgar, não enfrentando o mérito da questão posta para julgamento.

Segundo Campilongo (2002, p.163), a própria “teoria jurídica cria diversos instrumentos para a atuação prática do ‘non liquet’”, compreendida como sendo a impossibilidade de o juiz não julgar, ou o poder de o juiz não julgar, por não saber como julgar, esquivando-se de decidir o mérito através de escusas formais. Prossegue o autor afirmando que

provavelmente, o expediente mais comum para justificar decisões obrigatórias mais difíceis são as desculpas formais. Nulidades processuais, prescrições, vícios formais e falta de regularidade formal costumam funcionar como alívio e auxílio à obrigação de decidir. Alívio, pois permite uma decisão com economia de argumentos e amparada na lei. Auxílio, porque atuam como saída operacional aos dilemas judiciais. Usa-se o direito como desculpa para não aplicar o direito.

O Supremo, segundo Koerner (2005, p. 7), ao controlar a constitucionalidade dos atos normativos utiliza-se, predominantemente, desses aspectos formais, deixando muitas vezes de analisar a materialidade desses atos e decidindo através dessas desculpas formais. Lançaria, portanto, mão do direito como desculpa para não aplicar o direito, o que implica, muitas vezes, no arquivamento das ações por motivos processuais, sem uma análise do mérito da questão, como foi o caso da Reclamação.

Tendo em vista essas considerações, verifica-se nos julgados o que foi apontado por Silva (2009, p. 216/2017) em estudo seminal sobre a prática deliberativa do Supremo.

Constata o autor a “inexistência de unidade institucional e decisória: o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros”, a falta de unidade e até mesmo de coerência, visível nos dois julgamentos aqui analisados implica na “carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal”, tendo em vista o fato das decisões do STF serem “publicadas como uma soma, uma colagem, de decisões individuais”, dificultando-se a identificação da “*ratio decidendi*” ou a “real razão de decidir do tribunal em determinados casos”.

Por esses motivos endossa-se aqui a proposta de Silva (2009, p. 219/220) ao sugerir que

é preciso tornar o STF uma instituição que tenha voz própria, que não seja a soma de 11 vozes dissociadas. Em sua forma atual, não há deliberação, não há busca de clareza ou de consenso, não existem concessões mútuas entre os ministros. Se um tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade, tem que ser um *locus* privilegiado da deliberação e da razão pública, e se sua legitimidade depende da qualidade de sua decisão, é preciso repensar a forma de deliberação do STF. Além disso, parece-me claro que uma unidade institucional é pré-requisito para o diálogo, já que o diálogo constitucional não ocorre entre pessoas, mas entre instituições. Por fim, é possível afirmar que a própria vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal depende, em certa medida, dessa unidade institucional. E para fomentar um aumento no grau de deliberação e de diálogo interno no Supremo Tribunal Federal não são necessárias reformas constitucionais, bastam algumas reformulações no seu regimento interno. Essas simples reformulações regimentais teriam talvez o potencial de produzir transformações mais profundas e benéficas do que grandes pacotes constitucionais ou legislativos.

Mudando-se a sistemática da tomada de decisões pela Corte, provavelmente deixará o Supremo de ser reconhecido como um “arquipélago de onze ilhas²³”.

REFERÊNCIAS

ARANTES, R. B. O sistema híbrido de controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista CEJ**, Brasília, n. 1, abr. 1997. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero1/sumario.htm>>. Acesso em: 04 de agosto de 2006.

CAMPILONGO, C. F. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.

²³ Análise Justiça. Disponível em www.analise.com

_____. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1993.

KOERNER, A. Direito e modernização periférica: por uma análise sócio-política do pensamento constitucional brasileiro pós-1988. In: **Encontro anual da Anpocs**, n. 28, 2005, Caxambu.

MELO, M. A. **Reformas constitucionais no Brasil**. Instituições políticas e processo decisório. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NAPOLITANO, C. J. **A judicialização da política no Supremo Tribunal Federal: análise de julgamentos relacionados à reforma do Estado nos anos 90**. Doutorado em Sociologia. Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2008.

_____. A liberdade de imprensa vista pelo Supremo Tribunal Federal: análise da ADPF n. 130. In: **Direitos Fundamentais e Justiça**, ano 5, n. 5, abr/jun. 2011, p. 258-268.

OLIVEIRA, F. L. **Justiça, profissionalismo e política: O Supremo Tribunal Federal e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil (1988-2003)**. 2006. 249 fls. *Doutorado em Ciências Sociais* – Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2006.

OLIVEIRA, F. L.; FREZZA, T. S. D. Os precedentes não se reduzem às súmulas: a distorcida justificativa à imposição dos verbetes. In: BRANDI, A. C. D.; RALA, E. T. de L.; CAMARGO, N. M. de. **Direitos fundamentais e hermenêutica constitucional**. Birigui: Boreal, 2013.

ROSEN, K. S.. **O controle da constitucionalidade no Brasil: desenvolvimentos recentes**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, p. 1-30, jan-mar. 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. **Revista dos Tribunais**, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, ano 7, n. 29, out/dez de 1999, pg. 55/65.

SILVA, C. E. L. da. Censura judicial à imprensa no Brasil: autorregulação e maturidade democrática. São Paulo, **Ensaio do Instituto de Estudos Econômicos e Internacionais**, n. 06, ago. 2010.

SILVA, V. A. da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **RDA**, 250, pp. 197-227, 2009.

_____. Deciding without deliberation. **IJCL**, v. 11, n. 3, 557-584, 2013.

STROPPA, T. Colisão de direitos: direitos da personalidade versus liberdade de informação. In: SIQUEIRA, D. P.; RUIZ, I. A. (Orgs.). **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**. Birigui: Boreal, 2015.

VIANNA, L. W; et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIEIRA, O. V. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

O ACESSO À JUSTIÇA E SUA EFETIVAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Henrique Camacho²⁴

INTRODUÇÃO

O tema "acesso à justiça" é contextualizado em diversos trabalhos, tamanha é sua importância. Potencializa-se citada relevância diante de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no REsp n. 858.056 e, também, da atual composição da lei n. 13.105/2015 - Código Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

A referida decisão promoveu, ao nosso ver, uma superação paradigmática importantíssima. Houve promoção de uma nova postura, favorável à ampliação do acesso à justiça no campo do direito processual coletivo.

Acerca do CPC/2015, alguns dispositivos representarão nova superação engendrada pelo legislador, após consideráveis idas e vindas de um projeto que se iniciou em 2010. Como exemplo, tem-se arts. 3º, §3º; 7º; 98 e 317. Tratam-se de textos normativos que garantem considerável margem de incidência de acesso à justiça em benefício do processo e do jurisdicionado.

Todavia, mesmo havendo citadas evoluções, indaga-se se será possível considerar aumento considerável da efetividade do direito fundamental que garante a todos, indistintamente, o acesso à justiça?

Buscar apoio jurisdicional é uma pilastra basilar do Estado Democrático de Direito. Pensar sua ampliação é deveras salutar, diante de constantes denegações de direitos humanos fundamentais. Necessário se faz a construção e oxigenação de mecanismos processuais de resolução de conflito, principalmente se assim o fizer definitivamente.

Buscar-se-á, nas linhas que seguem, traçar algumas considerações que, mesmo minimamente, para demonstrar reflexões que considerem a evolução da sociedade, em seus parâmetros jurídico-político, pois se tratam de tutela coletiva e tutela individual de direitos, tangenciando a defesa de direitos individuais e de direitos coletivos.

²⁴ Advogado, docente substituto do Departamento de Ciências Humanas da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, UNESP/Bauru/SP. Mestre em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, UNESP/Franca/SP. E-mail:

O objeto dos apontamentos, obviamente, trata-se do processo civil - individual e coletivo. Os sujeitos são aqueles que, de um modo ou outro, participaram das alterações do atual CPC/1973 para o futuro CPC/2015: Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, Poder Legislativo e do próprio jurisdicionado. O método e a metodologia utilizadas indicam, predominantemente, variações entre a indução e a dedução, de modo a oxigenar os debates, promovendo, ainda que minimamente, uma abordagem crítica e construtiva.

1 A REVOGÇÃO DA SÚMULA 470 E A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO MP NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Diante da divisão de direitos no campo coletivo, tem-se a estruturação de uma composição trinar e singular. Coloca o Brasil em posição de destaque pela criação de três direitos coletivos *lato sensu*. O art. 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor (CDC) disciplina os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Quanto à atuação do Ministério Público, na defesa dos dois primeiros, não há de se questionar sua atuação. Todavia, ao longo de anos, e para não dizer que ainda perdura na atualidade, sempre se questionou a atuação do MP na defesa de direitos individuais homogêneos, diante de sua natureza individual, que por natureza indivisível, merecem tutela coletiva.

Ao longo de anos, a doutrina e jurisprudência tem se debruçado na discussão, considerando o necessário papel do MP para a promoção de um acesso à justiça pró-tutela coletiva efetiva:

[...] nestes anos todos de vigência da LACP e do CDC, a realidade forense encarregou-se de demonstrar o grande proveito social que adveio quando, a par de outros legitimados, também se cometeu ao Ministério Público a iniciativa da ação civil pública em defesa de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, porque, das milhares de ações já movidas, a grande maioria a tem sido por iniciativa ministerial. (MAZZILLI, 2013, p. 349)

As cortes superiores têm emitido diversos entendimentos sobre a questão. O STJ, com destaque, criou a sumula 470, que dizia:

O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado. DJe 15 dez. 2010, RSTJ vol. 220, p. 728.

Todavia, não é mais este o entendimento. Após o julgamento do Recurso Especial Nº 858.056 – GO (STJ, 2015), tem-se a superação de um paradigma. Passou a ser considerado outro aspecto, para permitir a atuação do MP nestes casos. Houve, ao que se percebe, um acréscimo à segunda onda renovatória citada por Capelletti e Garth (1988).

A discussão posta no bojo do presente recurso especial guarda total similitude com a controvérsia solucionada pelo STF. Na hipótese ora em foco, o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública, apontando conduta ilícita da seguradora, consubstanciada no pagamento a menor de indenizações devidas a vítimas de acidentes de trânsito (ou respectivos sucessores) por força do seguro DPVAT, a ensejar condenação reparatória dos danos materiais e morais infligidos.

[...]

Desse modo, afigura-se impositiva a retratação do referido julgado, devendo ser desprovida a insurgência especial, mantendo-se o acórdão estadual, que reconheceu a legitimidade ativa ad causam do Ministério Público e determinara o retorno dos autos ao magistrado de primeira instância para apreciação da demanda.

Importante, outrossim, assinalar que a exegese antes perfilhada no bojo do presente reclamo serviu de fundamento para a edição da Súmula 470/STJ, segundo a qual:

Súmula 470. O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado.

Conseqüentemente, a retratação ora efetuada conduz ao imperioso cancelamento do supracitado verbete sumular, que veicula entendimento superado em razão da superveniente orientação jurisprudencial do STF firmada no âmbito de recurso extraordinário representativo da controvérsia.

Em realidade o STJ confirmou o que o Supremo Tribunal Federal proferira em tempo anterior no Recurso Extraordinário nº 631.111 – GO (STF, 2015).

O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender “interesses sociais”. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127). 5. No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores

jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos. 6. Cumpre ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito. Cabe ao Judiciário, com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz conhecer até mesmo de ofício (CPC, art. 267, VI e § 3.º, e art. 301, VIII e § 4.º). 7. Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Lei 6.194/74, alterada pela Lei 8.441/92, Lei 11.482/07 e Lei 11.945/09) -, há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações. A hipótese guarda semelhança com outros direitos individuais homogêneos em relação aos quais - e não obstante sua natureza de direitos divisíveis, disponíveis e com titular determinado ou determinável -, o Supremo Tribunal Federal considerou que sua tutela se revestia de interesse social qualificado, autorizando, por isso mesmo, a iniciativa do Ministério Público de, com base no art. 127 da Constituição, defendê-los em juízo mediante ação coletiva (RE 163.231/SP, AI 637.853 AgR/SP, AI 606.235 AgR/DF, RE 475.010 AgR/RS, RE 328.910 AgR/SP e RE 514.023 AgR/RJ)

Em ambos os precedentes, identifica-se claramente, segundo os ministros, o interesse social na questão. Embora não seja passível de classificação como relação de consumo o pagamento do DPVAT, pois é um pagamento obrigatório, identifica-se o interesse de uma coletividade diuturnamente ofendida. Não poderia, o Judiciário, quedar-se inerte e não pronunciar-se, obviamente, pela atuação do MP.

O interesse social relatado pelos Ministros só é passível de identificação diante das reiteradas afrontas identificadas pelos tribunais. Interesse social que pode ser sinônimo de interesse público e, principalmente, como ressaltado pelo Ministro Teori Zavascki, compete ao MP, com fulcro em seu papel como função essencial à Justiça, averiguar quais casos é imperiosa sua atuação, mesmo se tratando de direitos que, em tese, seriam apenas individuais.

O Conselho Superior do Ministério Público (CNMP) busca, constantemente, padronizar e harmonizar a atuação dos membros do MP com os pleitos sociais mais relevantes. Este é o âmago de seu papel frente o Estado Democrático de Direito. Algumas súmulas que estipulou permitem visualizar esta atuação:

SÚMULA n.º 7. “O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos de consumidores ou de outros, entendidos como tais os de origem comum, nos termos do art. 81º, III, c/c o art.82, I, do CDC, aplicáveis estes últimos a toda e qualquer ação civil pública, nos termos do art.21º da LAC 7.347/85, que tenham relevância social, podendo esta decorrer, exemplificativamente, da natureza do interesse ou direito pleiteado, da considerável dispersão de lesados, da condição dos lesados, da necessidade de garantia de acesso à Justiça, da conveniência de se evitar inúmeras ações individuais, e/ou de outros motivos relevantes. (ALTERADA A REDAÇÃO NA SESSÃO DO CSMP DE 27.11.12 – Pt. nº 51.148/10)

Fundamento : (i) conveniência de se fazer constar, de forma expressa a legitimidade do Ministério Público, para a defesa de interesses individuais homogêneos de “consumidores”, a qual decorre não só dos termos do art.129, III, da CF, uma vez que tal categoria de direitos ou interesses se constitui em subespécie de interesses coletivos, como dos expressos termos do art.81, III, c/c o art.82, I, do CDC, e da jurisprudência atual e consolidada de nossos Tribunais Superiores, já tendo sido, inclusive, editada a Súmula 643 pelo E. STF, em matéria de mensalidades escolares, sendo incontáveis os julgados, tanto do E. STF, como do E. STJ, que reconhecem a legitimidade ministerial para a propositura de ações civis públicas visando à defesa de direitos individuais homogêneos decorrentes das relações de consumo, tais como daqueles originários de contratos bancários, consórcios, seguros, planos de saúde, TV por assinatura, serviços telefônicos, compra e venda de imóveis, etc., cabendo lembrar aqui que todos os direitos dos consumidores são de ordem pública e interesse social (art.1º do CDC), possuem fundamento constitucional (art.5º, XXXII e 170, V, da CF), sendo irrenunciáveis e, pois, indisponíveis, enquanto tais pelo consumidor, nos termos do art. 51, I, do CDC; (ii) conveniência de se evitar a defesa de teses e interpretações errôneas, de que a Súmula 07 do Conselho Superior não se aplicaria aos direitos individuais homogêneos dos consumidores; (iii) conveniência de se explicitar que também em outras áreas de atuação do MP, além da proteção do consumidor, podem ser movidas ações civis públicas, para a defesa de interesses individuais homogêneos, eis que o art.81, III, do CDC, se aplica a toda e qualquer ação civil pública, nos termos do art. 21º da LAC; (iv) conveniência de se reafirmar a necessidade de existir relevância social para a atuação do MP, em qualquer hipótese; (v) conveniência de se expressar, de forma mais clara, simples e objetiva, as circunstâncias que podem denotar relevância social, sempre em caráter expressamente exemplificativo. (CSMP, 2015)

Considera-se, deste primeiro tópico, que mais uma avanço - em relação aos debates que indicam um caminho salutar para a estruturação de uma cultura processual coletiva - foi alcançado. O Ministério Público deve promover efetivos atos de defesa de direitos ou interesses coletivos, diante das constantes afrontas e denegações de direitos fundamentais. Negar-lhe tais prerrogativas seria afronta ao próprio texto constitucional.

Pensando além, é necessária a integração entre instituições como Ministério Público e Defensoria Pública para, diante de situações concretas, atuarem em conjunto, promovendo a

melhor defesa de uma coletividade. Considera-se, ainda, que se não for parte, o MP deve ser fiscal da lei, pois interesse social é coletivo por natureza.

2 DISPOSITIVOS DO CPC/2015: Artigos que permitem ampliação de defesa de direitos fundamentais.

Obviamente, em tão exíguas linhas, não será possível esgotar todo o conteúdo considerado estimulante ao acesso à justiça efetivo previsto no Novo Código de Processo Civil, doravante denominado apenas de CPC/2015, para diferenciá-lo do CPC/1973, atualmente vigente, também conhecido como "Código Buzaid", em homenagem aquele que coordenou sua elaboração.

O CPC/1973, embora elaborado em período de ditadura militar, é considerado de maneira uníssona pela doutrina como um código extremamente liberal e estruturante de condições favoráveis ao desenvolvimento do processo como instrumento de defesa e proteção dos direitos fundamentais.

Compôs sentido a fase instrumentalista do processo no campo jurídico brasileiro, superando, definitivamente, qualquer resquício sincrético ou autonomista, classicamente definidos durante a análise da evolução do processo.

Ao considerar a evolução dos instrumentos processuais, o primeiro ponto deste breve ensaio aponta um ponto convergente, visto sob as lentes de um processo garantidor de direitos. Fala-se, aqui, de instrumentos processuais de solução coletiva de conflito. Todavia, o CPC/2015, vincula-se a uma tutela individual de direitos. Necessário, portanto, compreender alguns poucos dispositivos legais para, minimamente, considerar as evoluções conquistadas recentemente pelos brasileiros.

O primeiro ponto a ser explorado é atinente ao art. 3º, §3º:

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Agora está sacramentada, diante do dispositivo legal, a importância ímpar do desenvolvimento de mecanismos de solução de conflito que indiquem maior participação do jurisdicionado, tornando o ambiente Judicial democrático e igualitário.

Um passo importante para a transformação de uma cultura litigiosa, arraigada na alma da sociedade brasileira, para uma cultura da conciliação, comumente defendida por inúmeros doutrinadores nas últimas décadas.

O dispositivo indicado potencializa a participação do Judiciário, de todas as instituições que compõe às funções essenciais da Justiça (MP, Defensoria Pública, OAB) e do próprio cidadão em prol da criação de um processo como instrumento célere de solucionar conflitos. Isso, impreterivelmente, criará uma estrutura que tende a solucionar os conflitos de maneira mais rápida, menos afluente para as partes (que não sofrem com o fator temerário do tempo nas decisões judiciais) e, principalmente, com menor custo, para o Estado ou para o jurisdicionado.

Não é de se estranhar que o dispositivo elencado é apenas uma pequena parte de um capítulo próprio (art. 334 do CPC/2015). Considerável divisão, que de maneira salutar, dividiu o atual art. 331, do CPC/1973 (audiência preliminar), deixando claros seus principais escopos: promover a conciliação e gerenciar o processo.

Há de se destacar, inclusive, as recentes orientações do Tribunal de Justiça de São Paulo para que, em parcerias com os municípios, criem-se Centros de Conciliação que desenvolveriam uma medida preliminar ao Judiciário. São os famigerados CEJUSC's - Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania (TJSP, 2015). Percebe-se, que na mesma toada do CPC/2015, o tribunal paulista busca diminuir o número das ações apresentadas ao Judiciário, sem diminuir ou denegar o acesso à Justiça.

Em continuidade aos comentários aos dispositivos selecionados, passa-se para o art. 7º, que preserva relevantes princípios:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Alguns princípios são nítidos no dispositivo, como o princípio da isonomia processual e princípio do juiz natural. Não deixam de se relacionar com outros como devido processo legal, ampla defesa, lealdade das partes e instrumentalidade do processo.

Percebe-se certa similaridade com o atual art. 125, que determina os poderes do magistrado para manutenção da igualdade entre as partes e efetividade do processo.

Todo este aspecto principiológico, que envolve este dispositivo legal, demonstra que algumas conquistas, duramente angariadas pelo homem, continuam a ser defendidas pelo legislador brasileiro.

Houve uma aproximação entre a legislação infraconstitucional e as normas constitucionais. Aumenta-se a defesa dos direitos fundamentais com esta norma.

Obviamente houve um ganho imenso para a história da humanidade considerar um processo vinculado a um sistema instrumental e acusatório, superando as mazelas de um sistema medievo-inquisitório.

Com considerável linearidade na posição do legislador de 1973 e de 2015, constata-se que o atual código de processo civil corrobora com a defesa e ampliação do acesso à justiça. Mais que simplesmente indicar os direitos e deveres das partes, disciplina o papel fundamental do juiz, executor da Jurisdição, para que exista equilíbrio, igualdade e busca pela justiça por todo o caminhar do processo, culminando em sentença de mérito e promoção da paz social.

Obviamente, outros institutos não detalhados neste trabalho, como a conciliação e mediação, que receberam destaque próprio, continuam na mesma linha e promovem a integração entre jurisdicionado e Estado-juiz.

O segundo dispositivo a ser analisado é o art. 98:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de

gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 4º A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.

§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 7º Aplica-se o disposto no art. 95, §§ 3º a 5º, ao custeio dos emolumentos previstos no § 1º, inciso IX, do presente artigo, observada a tabela e as condições da lei estadual ou distrital respectiva.

§ 8º Na hipótese do § 1º, inciso IX, havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrares, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6º deste artigo, caso em que o beneficiário será citado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento.

Diante das diversas partes deste artigo, considera-se o *caput* aquela que merece maior atenção.

Primeiramente porque a igualdade continua a ser aplicada: pessoas físicas e pessoas jurídicas, comprovada a hipossuficiência, poderão valer-se do acesso à justiça gratuito. Eis uma conquista salutar, atualmente disciplinada também na Lei n. 1.060/50.

Hodiernamente, existe predomínio de presunção de hipossuficiência a partir do momento que é alegada em juízo. O ônus da prova incide a parte que alegar, caso não o tenha deferido pelo juízo, ou seja, questionado pela parte adversa.

Uma sociedade como a brasileira, que demonstra estar em dificuldades diante de uma situação econômica delicada, considera-se a defesa da ordem econômica (art. 170 da CF) e a tutela, principalmente, das pequenas e médias empresas, micro-empresas e empresários individuais os pilares do desenvolvimento econômico salutar e isonômico. São elas que diuturnamente sofrem com os ciclos econômicos, restando baixa porcentagem de pessoas jurídicas de direito privado destas categorias, que alcançam mais de dez anos de atividade econômica. Obviamente devem ser resguardadas pelo ordenamento jurídico, diante da cruel disputa com empresas globalizadas ou produtos importados de baixa qualidade, mas viáveis financeiramente (v.g. produtos *made in China*).

De maneira mais detalhada, o CPC/2015 possibilita uma maior objetividade na concessão da aclamada gratuidade.

Ressalta-se, novamente, que por ser conquista importantíssima para a defesa de direitos - acesso à justiça sem barreiras econômicas - deve ser mantida e constantemente apreciada, seja para a evolução do próprio instituto ou para o amadurecimento da consciência jurídica que ainda é envolta de defesa de direitos e garantias fundamentais.

Percebe-se que, no decorrer deste artigo, o princípio da igualdade é plenamente desenvolvido. E aqui não há referência a mera igualdade formal, mas material. Afinal, trata-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades.

Percebe-se, por exemplo, respeito a condição da parte, que embora seja beneficiário da justiça gratuita, por comprovar sua hipossuficiência, caso comprometa a lealdade e o bom andamento do processo, poderá ser punido e terá o dever, a obrigação de pagar multa.

Predomina o equilíbrio, incluindo na questão, inclusive, o dever de pagar honorários e outros valores se no período de 5 anos após a decisão que tenha concedido a hipossuficiência deixar de ser hipossuficiente. Não deixa de ser uma maneira de indicar a possibilidade da superação dos próprios seres humanos, que a partir do momento que não mais necessitem do amparo integral do Estado possam "caminhar com as próprias pernas", promovendo condições para outros cidadãos.

Por fim, mas não menos importante, elencou-se um dispositivo processual que possibilita a solução definitiva de uma questão, tornando a norma efetiva, por superar a ausência de apreciação do poder jurisdicional por mera formalidade.

Fala-se, em verdade, na possibilidade do magistrado conciliar seus poderes instrutórios com a resolução definitiva e efetiva de uma questão. É o que parece permitir o art. 317:

Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

Percebe-se que, o magistrado, antes de proferir decisão que não aprecie o mérito, permita a parte que corrija o vício, se assim for possível, e então permita-lhe julgar definitivamente a questão.

Parece haver similaridade com alguns poderes instrutórios do juiz atualmente previstos no art. 125 do CPC/1973.

Há proximidade, também, com o princípio da fungibilidade, previsto no art. 273, §7º do CPC/1973, por exemplo, em que o juiz aceita tutela cautelar como se antecipatória o fosse. Este instituto é potencializado no art. 798 do CPC/1973.

Todavia, a determinação possibilita uma apreciação final e lógica da questão. Se não houver arbitrariedade - percebe-se que o instituto foi criado para garantir a segurança jurídica a uma decisão justa, sem eximir o Estado de apreciar a questão por mera formalidade - é possível a manutenção e aplicação do instituto.

Vale lembrar que o tempo é o senhor das aflições humanas: *tempus regit actum*. No campo processual, mais especificamente de estudo da ampliação do acesso à justiça, deve-se considerar que a postergação de uma decisão, podendo ser proferida caso houvesse correção formal de um ponto, será exponencialmente mais benéfico.

São estes os pontos a serem considerados, de modo a considerar tanto o campo de tutela individual ou tutela coletiva. Obviamente, como já dito alhures, não se esgotaram as inúmeras passagens que poderiam ser citadas, do CPC/2015 ou CPC/1973, que promovem a ampliação do acesso à justiça.

Todavia, um começo, uma discussão é lançada, de modo a buscar, incansavelmente, a compreensão das conquistas em benefício do amplo e efetivo acesso à justiça.

CONCLUSÃO

Muitas são as considerações e as linhas de pesquisa acerca do acesso à justiça. umas mais objetivas, outras menos. Todavia, ambas tem algo em comum: busca da compreensão pela efetividade real de acesso à justiça, para causa aumento da segurança jurídica ou para promover a igualdade em toda a sociedade.

O Brasil estipula, como um de seus fundamentos, a manutenção da paz e promoção da igualdade. Isto, num Estado Democrático de Direito, somente será possível se houver uma colaboração entre os poderes tão efetiva quanto se almeja ser o acesso à justiça.

Afirma-se isto, com certa consciência e tranquilidade, diante de uma estrutura constitucional amplamente criada para efetivar o acesso à justiça, promovendo a justiça, fortalecendo a igualdade das partes e a aproximação do jurisdicionado com os institutos públicos.

Assim, a superação de um estado inerte será conhecida. Em continuidade, a ampliação do acesso à justiça promove a ampliação da consciência política e promove o debate, a tolerância e a integração entre os anseios particulares e os públicos. Dito de outro modo: o acesso à justiça aproxima o desejo individual do desejo coletivo, logo, mais próximos estaremos de uma concretização de Direito.

Mais harmônica e igualitária seria a sociedade em que o Judiciário, o Legislativo e o Executivo atuassem efetivamente em equilíbrio, desenvolvendo suas funções principais. Todavia, a colaboração entre os poderes, comumente pode esbarrar em um conflito ainda mais sério, entre liberdade e igualdade. Até onde um Poder pode interferir no outro sem, entretanto, promover-lhe maiores constrangimentos ou sanções?

Havendo ampliação do acesso à justiça, o ativismo judicial deixaria de ter importância, enaltecendo-se, sim a postura mais ativa de juízes, promotores e partes na composição do processo e sua utilização como instrumento de defesa e garantia de direitos.

Sobre o ativismo, deve estar a judicialização, ou seja, o processo salutar de aproximação entre Estado e jurisdicionado.

Encerra-se este breve texto enaltecendo a importância de ampliarmos os debates em todos os campos, superando uma fase sincrética entre o processo coletivo e o processo individual, permitindo que criem seus institutos próprios e ordenamentos próprios, promovendo uma diversificação de atuação no Estado.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Pesquisa avançada. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Pesquisa_Avancada>. Acesso em: 22 jun. 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial nº 858.056 - GO**. Rel. Min. Marco Buzzi. Julgamento em: 27 maio 2015. Publicado no DJe em: 15 jun. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45133880&num_registro=200601208260&data=20150605&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 21 jun. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+631111%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 28 jun. 2015

O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS NO BRASIL E A REFORMA POLÍTICA: continuaremos na contramão?

Ana Carla Izidoro de Moraes²⁵

Tatiana Stroppa²⁶

INTRODUÇÃO

A realização de campanhas cada vez mais custosas torna a política extremamente dependente do poder econômico e impulsiona a corrupção. As alianças feitas entre os partidos e candidatos e os respectivos financiadores revelam que a Constituição vigente não é suficiente para controlar o capitalismo financeiro e salvaguardar os direitos de participação popular. A maneira como os recursos financeiros são destinados a partidos e candidatos gera campanhas eleitorais desiguais, tanto sob o aspecto daqueles que disputam os votos, como para os eleitores que, despidos do poder econômico, têm o seu poder de participação política mitigado diante da total impossibilidade de influenciar no resultado das eleições.

A história brasileira é pautada pela desigualdade, corrupção e outros atos ilícitos lastreados na ingerência e no abuso do poder econômico na tomada das decisões políticas. Desde a primeira República (1889-1930) tivemos práticas e mecanismos que viabilizavam os anseios da elite econômica por meio, por exemplo, da denominada política dos governadores, da política do café com leite e do coronelismo. Este, por sua vez, manifestava-se pelo exercício do clientelismo e do voto de cabresto.

O clientelismo, como bem pontua Gilberto Cotrim, se caracterizava como a “prática dos coronéis de premiar com favores públicos o grupo de pessoas apadrinhadas, que lhes demonstrava fidelidade política” (COTRIM, 2012, p. 567). Em outras palavras, o grande proprietário de terras – o latifundiário - exercia influência política ajudando determinadas pessoas a conseguirem cargos ou funções públicas em troca de apoio ao candidato por ele indicado. Já, o voto de cabresto acabava sendo também uma consequência da prática do clientelismo (troca de favores), uma vez que o eleitor acabava sendo dirigido, controlado - como faz o cabresto em um animal de montaria – a expressar o seu voto de acordo com os

²⁵ Graduanda do 5º ano do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru (ITE). E-mail: anacarlaizidoromoraes@hotmail.com.

²⁶ Mestre em Direito Constitucional pela ITE/Bauru. Professora do Centro Universitário de Bauru (ITE). Advogada. E-mail: tatianastroppa@hotmail.com.

interesses do coronel. Assim, o eleitor não possuía muitas opções: ou votava nos candidatos indicados pelo coronel porque seria presenteado com funções públicas ou então pelo medo de uma reprimenda moral e/ou física.

Embora não seja possível contestarmos os avanços conseguidos pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) na consolidação de um regime democrático, é inegável que o poder corrosivo do dinheiro, que agora se manifesta por meio do financiamento das campanhas eleitorais, continua sendo um entrave para a consolidação de uma participação política realmente plural e igualitária como almejou a Constituição.

O modelo atual de financiamento desrespeita os princípios constitucionais da igualdade, da democracia, da República, como defendido pelo Conselho Federal da OAB na fundamentação da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.650 em andamento no Supremo Tribunal Federal.

Dessa maneira, independente de outros pontos de grande relevância inseridos na discussão da reforma política²⁷, o presente artigo abordará o financiamento das campanhas eleitorais, revelando como é a sistemática atual, as propostas que estão no Congresso Nacional, com destaque para a PEC 182/2007, e a legitimidade e necessidade de um posicionamento de procedência, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4650.

1 O ATUAL SISTEMA DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS

O financiamento de campanha eleitoral compreende o custeio de gastos dos candidatos com material de propaganda, espaço midiático, realização de eventos, dentre inúmeras outras atitudes com o intuito de angariar votos.

Como destacam Daniel Sarmento e Aline Osório, a Constituição Federal de 1988 não fixou um modelo de financiamento eleitoral. Isso não significa, porém, que:

[...] qualquer regramento relativo à arrecadação de fundos em campanhas seja constitucional. Pelo contrário. A matéria se relaciona intimamente aos princípios da democracia, da igualdade política e da República, princípios basilares do direito constitucional brasileiro. Ao positivar tais princípios, a Carta de 88 forneceu ao legislador uma moldura que deve ser respeitada na elaboração de critérios para a admissão de doações privadas a campanhas e

²⁷ Cf. o projeto de iniciativa popular da Coalizão pela Reforma Política Democrática e Eleições Limpas que apresenta uma proposta de alteração do regime político pautada em quatro eixos principais: Proibição do financiamento de campanha por empresas e adoção do Financiamento Democrático de Campanha; Eleições proporcionais em dois turnos; Paridade de gênero na lista pré-ordenada; Fortalecimento dos mecanismos da democracia direta com a participação da sociedade em decisões nacionais importantes. Disponível em: <<http://www.reformapoliticademocratica.org.br/conheca-o-projeto/>>. Acesso em: 16 de jul. de 2015.

partidos políticos. Ao se desviar destes princípios no tratamento da matéria, o legislador incide em inconstitucionalidade, sujeitando-se à censura judicial. (2014, p. 3).

Portanto, a Constituição Federal de 1988 delineou o caminho que deveria ser seguido na regulação infraconstitucional do financiamento das campanhas e, certamente, um dos vetores conduz para o afastamento da influência do poder econômico na normalidade e legitimidade das eleições, conforme consagrou no § 9º de seu Art. 14.

Também não podemos nos esquecer de que a Constituição Federal de 1988 consagrou em seu Art. 14, “caput” a igualdade do voto ao dizer que: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos...”.

Nesse ponto, destaca-se o ensinamento de José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 305) a respeito do tema: “O princípio da igualdade do voto exige que todos os votos tenham uma eficácia jurídica igual, ou seja, o mesmo peso. O voto deve ter o mesmo valor de resultado [...]”.

Nesse mesmo sentido, Daniel Sarmiento e Aline Osório afirmam que:

O princípio da igualdade política, por sua vez, além de estar previsto de forma genérica no caput do art. 5º da Carta de 1988, encontra-se consagrado em seu art. 14, que prevê que o voto deve ter “valor igual para todos”. A igualdade política, expressa na fórmula “one person, one vote” mais do que atribuir um voto a cada cidadão, significa que cada um deve ter igual capacidade de influir no processo eleitoral, independentemente de sua classe, cor, nível de instrução ou qualquer outro fator. Com isso, se quis impedir que às preferências de alguns cidadãos fosse atribuída maior importância do que aos interesses dos demais. (SARMENTO; OSORIO, 2014, p.4).

O financiamento privado de campanhas, no que diz respeito a grandes doações tanto por parte de pessoas naturais como jurídicas prejudica o princípio da igualdade, pois os eleitores-doadores quando depositam suas cédulas nas urnas passam a contar com um poder que vai muito além daquele que pertence ao votante-não doador (GOMES, 2014). O valor do voto dos doadores tem mais importância, tanto pela potencialidade de decisão do pleito eleitoral como também pela questão da representatividade, pois o candidato assim eleito tende a representar os interesses dos financiadores.

A trajetória legislativa, contudo, não seguiu os ditames constitucionais. Houve o estabelecimento de um financiamento misto de campanha eleitoral que não conseguiu garantir a igualdade do valor do voto e muito menos evitar que as grandes corporações determinem quais serão os representantes eleitos por meio do direcionamento dos grandes financiamentos.

Atualmente, o financiamento privado de campanhas eleitorais é regulamentado pela lei 9.507/97 (Lei das Eleições), em especial pelos seus artigos 17 a 27, que tratam da arrecadação

e da aplicação de recursos, e pelos artigos 28 a 32, direcionados à disciplina da prestação de contas.

1.1. O financiamento privado de campanhas eleitorais

A Lei 9.507/97 concedeu autorização para as pessoas físicas e as pessoas jurídicas de direito privado fazerem doação. Com relação às pessoas jurídicas de direito privado, suas doações ficam limitadas a 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior à eleição. Por sua vez, as pessoas físicas podem doar até 10% do rendimento bruto auferido no ano anterior à eleição. Há que se ressaltar que este limite de 10% não se aplica às doações estimáveis em dinheiro relativas à utilização de bens móveis ou imóveis de propriedade do doador, desde que o valor da doação não ultrapasse R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Por fim, cumpre mencionar a existência da permissão legal para que o próprio candidato custeie a sua campanha, cabendo ao seu partido estipular os valores a serem utilizados.

Já, em seu artigo 24, a Lei 9.504/97 determina quais são os entes e pessoas jurídicas de direito privado que estão proibidos de realizar doações, *in verbis*:

Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de:

- I - entidade ou governo estrangeiro;
- II - órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público;
- III - concessionário ou permissionário de serviço público;
- IV - entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal;
- V - entidade de utilidade pública;
- VI - entidade de classe ou sindical;
- VII - pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior.
- VIII - entidades beneficentes e religiosas;
- IX - entidades esportivas;
- X - organizações não-governamentais que recebam recursos públicos;
- XI - organizações da sociedade civil de interesse público.

Parágrafo único. Não se incluem nas vedações de que trata este artigo as cooperativas cujos cooperados não sejam concessionários ou permissionários de serviços públicos, desde que não estejam sendo beneficiadas com recursos públicos, observado o disposto no art. 81

Em que pese a legislação ter estabelecido um rol de vedações, observa-se que a mesma não incluiu neste as pessoas jurídicas de direito privado que sejam concessionários ou permissionários de obras públicas, uma vez que mencionou no referido inciso III do Art. 24 a proibição apenas para os “concessionários ou permissionários de serviço público”. Assim, infelizmente, foram permitidas doações daqueles que realizam obra pública, condição que

permite as alianças espúrias entre os possíveis eleitos e os seus financiadores.

Essa situação é problemática porque muitas práticas ilícitas (corrupção, caixa dois, licitações irregulares, entre outras) podem vir a ter como pano de fundo as doações para campanhas eleitorais que partem de empresas que mantêm contrato com o poder público. Não raras vezes o elo formado entre a empresa e o candidato ou partido político por conta das doações efetivadas servem para o cometimento de irregularidades e para favorecimentos pessoais ou de terceiros.

No que se refere aos limites de arrecadação frente às doações, a Lei 9.504/97, em seus artigos 17-A e 18, impõe que a cada ano eleitoral deverá ser editada uma lei para regulamentar o limite de arrecadação dos partidos políticos e candidatos, salientando que caso não seja cumprida tal limitação essa atuação ficará a cargo do partido político. “Na prática, porém, essa lei nunca é editada e os partidos políticos acabam com total autonomia para fixar os tetos de gastos que lhes serão aplicáveis. Disso resulta a total inexistência de limites aos dispêndios em campanha”. (SARMENTO, OSÓRIO, 2014, p. 5).

A partir do momento que o partido ou coligação possuem essa liberalidade de fixar os valores a serem arrecadados há a afronta ao princípio da igualdade diante da inexistência de um teto fixo para todos cumprirem. Referido teto é uma limitação importante que deve espelhar um valor que “seja baixo o suficiente para tornar os candidatos mais iguais, mas não tão baixo que inviabilize as campanhas políticas em algumas localidades” (SOARES, 2012).

A doação de recursos por parte de cidadãos pode ser considerada como uma forma de participação política apta a fomentar o pluralismo político revelado em partidos políticos que representem os mais diversos setores sociais. (SANSEVERINO, 2012, p. 255 - 259). Todavia, a inexistência de limites de gastos por candidatos aliados à permissão de doações que variam de acordo com os rendimentos/faturamento do doador permitem que as campanhas eleitorais brasileiras alcancem valores estratosféricos (SARMENTO, OSORIO, 2014, p.6). Para se ter uma ideia:

[...] Em 2002, os gastos declarados à Justiça Eleitoral por partidos e candidatos nas campanhas para deputado federal alcançaram R\$ 189,6 milhões; em 2010, esse valor chegou ao montante de R\$ 908,2 milhões, um crescimento de 479% em oito anos. Na mesma direção, as campanhas presidenciais, que custaram R\$ 94 milhões, em 2002, alcançaram a cifra de R\$ 590 milhões em 2010, um crescimento de 627% em oito anos. (BACKES; VOGUEL, 2014, p.3).

Uma reportagem da revista ISTOÉ trata a respeito do mercado lucrativo das campanhas eleitorais, a saber:

A cada eleição no Brasil, o mercado se aquece. A expectativa de alcançar o

poder – ou de permanecer nele – faz com que os partidos invistam bilhões em portentosas estruturas de campanha. São profissionais especializados, produtoras de tevê, gráficas, bancas de advogados, cabos eleitorais e toda sorte de material e serviço que possam ser usados na batalha pelo voto. Soma-se a isso uma infinidade de gastos não contabilizados. As cifras são bilionárias e não param de crescer, indicando que política é um negócio arriscado, mas altamente lucrativo. [...]. (JERONIMO; RODRIGUES, 2014).

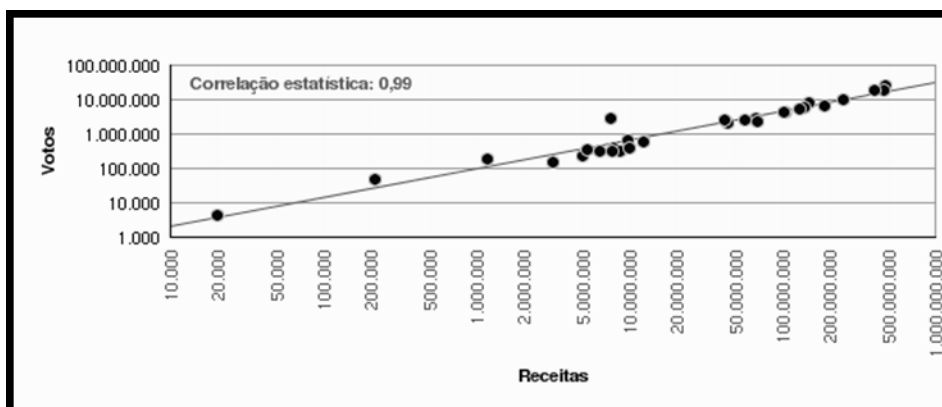
Dessa forma, uma respeitável parcela da arrecadação de recursos para investimento em campanhas eleitorais é proveniente de doações de particulares, que na sua maioria são pessoas jurídicas de direito privado, isso inclui: construtoras, bancos, agronegócio entre outros. Tanto é assim que:

Estudos mostram que a maior parte das campanhas brasileiras são financiadas por pessoas jurídicas. Considerando-se os valores declarados para a eleição de 2010, 75% de todos recursos destinados aos candidatos, partidos e comitês foram provenientes de pessoas jurídicas.[...]. Esses financiadores têm um poder diferenciado na disputa, ao selecionar os candidatos que receberão recursos cruciais para o resultado (processo que já foi chamado de “a lista fechada dos financiadores”). (BACKES; VOGUEL, 2014, p.6).

As pessoas jurídicas são as que mais contribuem nessa arrecadação, seja diretamente quando doam para o próprio candidato, ou indiretamente através da doação para o comitê financeiro e para os diretórios nacionais.

O auxílio financeiro das empresas gera o enfraquecimento da igualdade de competição entre os candidatos, isto porque aqueles candidatos que arrecadam mais podem conseqüentemente investir mais em mecanismos de divulgação da sua candidatura. Além disso, não raras vezes alguns candidatos conseguem doações expressivas se comparados com os demais concorrentes, tornando a disputa extremamente desequilibrada economicamente. É possível afirmar que há uma relação direta entre os gastos com a campanha eleitoral e o número de votos obtidos, ou seja, quanto mais dinheiro utilizado na campanha eleitoral, maior o número de votos angariados. Para comprovar tal afirmação, segue um gráfico que dispõe sobre a relação entre as receitas auferidas pelos partidos políticos e o número de votos recebidos.

Gráfico de dispersão relacionando receitas e votações de partidos



(CLARAS, 2012).

A indevida influência do poder econômico acaba com a igualdade de chances que deve existir entre os candidatos. “[...]. Nesse modelo, o que garante a vitória de um candidato não é tanto a popularidade ou qualidade de suas propostas, mas a quantidade de recursos que consegue angariar” (SARMENTO; OSORIO, 2014, p.6-7) e, conseqüentemente, os candidatos que propugnarem proteger os interesses dos cidadãos ao invés dos interesses do mercado serão aniquilados pela ausência de financiamento “e a consequência desastrosa é a criação de governos dependentes do pagamento das doações que receberam dos particulares”. (VICELLI; SANTOS, 2013, p. 12).

Mostra-se imprescindível a fixação de um teto para a arrecadação e utilização do dinheiro nas campanhas eleitorais para efetivar-se o princípio da igualdade de chances que vem sendo encoberto pela influência do poder econômico e pelo abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração pública em total desrespeito ao § 9º do Art. 14.

Verifica-se que a Constituição não menciona o abuso do poder econômico, mas a “influência”, logo, tudo aquilo que possa interferir de forma econômica na normalidade das eleições deve ser revisto, sob pena de violar a Constituição.

As doações de pessoas jurídicas de direito privado a candidatos ou partidos políticos tem uma importante função: vincular o candidato às expectativas e anseios do financiador, e neste caso eles doam com o intuito de receber favores e vantagens posteriores.

Tanto é assim que foi realizado um estudo pelo Instituto Kellogg demonstrando que, na verdade, as empresas “lucram” com o financiamento de campanhas eleitorais, e por isso, normalmente não doam com o intuito de fortalecer a democracia, mas sim, para alcançar outras finalidades. O estudo chegou à seguinte conclusão: “[...] para cada R\$ 1 doado a campanhas eleitorais, as companhias recebem R\$ 8,50 de volta em contratos com o Estado. Sendo assim, o lucro, neste caso teria uma “[...] taxa de retorno [...] de 850%. Na ponta do processo, as ações influenciariam o preço dos serviços públicos prestados a cada

cidadão.” (SPRICIGO, 2014).

O retorno pode provir na forma de contratos com o poder público, mas também através de “emendas parlamentares, convênios fraudulentos, [...], empréstimos com juros baixos etc. Fundamental também é o direcionamento da produção legislativa. Somente as leis que eles querem são aprovadas [...]” (GOMES, 2014).

Na verdade, “[...] a troca de favores ilícitos, decorrente dessa prática, é camuflada pela legalidade que o próprio ordenamento oferece à doação para campanhas pela iniciativa privada.” (CAMPOS, ASSIS JUNIOR, 2012, p. 28). Por esse ângulo, nota-se que as doações privadas para as campanhas eleitorais funcionam, muitas vezes, como o início de atitudes corruptas e fraudulentas.

O caixa dois é outra prática ilícita bem utilizada para financiar campanhas eleitorais. O caixa dois beneficia tanto o candidato como também o doador, pois ambos não são identificados. Aliás, na maioria das vezes são utilizados doadores “laranjas” “[...] pessoas físicas ou jurídicas que emprestam seus nomes e identificação para o registro de doações feitas por terceiros que preferem não se identificar [...]” (XAVIER, 2010, p. 23-24).

Muitas vezes o doador não deseja revelar a doação realizada porque o valor é oriundo de outra prática ilícita como, por exemplo, dinheiro proveniente de sonegação fiscal. O candidato também se beneficia com esta prática, pois, não fica registrado o vínculo existente entre o doador e o candidato e/ou partido. E caso um dia houver alguma ilicitude no contrato dessa empresa com o poder público, ou mesmo um favorecimento dado pelo candidato a seu financiador, dificilmente as investigações conseguirão vincular a doação de campanha eleitoral com os benefícios conseguidos pelo doador, pois, para efeitos legais, essa doação nunca ocorreu.

O ranço da cultura patrimonialista²⁸ faz com que a corrupção se manifeste de forma natural e os representantes se apropriam da coisa pública para atingir interesses e objetivos particulares em detrimento do bem comum.

Portanto, torna-se imprescindível que o legislador proíba que as empresas privadas façam doações para as campanhas eleitorais e que estipule limites fixos para as doações de pessoas físicas aos partidos e candidatos políticos como forma de respeitar o princípio da igualdade e não permitir que o poder econômico determine os resultados das eleições.

²⁸ A cultura patrimonialista pode ser definida como: “[...] um modelo de dominação tradicional em que o trato da coisa pública por parte da autoridade em poder confundia-se com o trato de seus bens privados. Dessa forma, havia indistinção das esferas pública e privada.” (SALMINTO, 2010, p. 25).

1.2. Financiamento público das campanhas eleitorais.

O financiamento público de campanhas eleitorais no Brasil compreende duas formas: a forma direta por meio do fundo partidário, e a forma indireta por meio do acesso gratuito ao rádio e à televisão pelos candidatos e partidos.

O Fundo partidário, também denominado de Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, foi criado pela Lei 4.740/65 (LOPP), consagrado no artigo 17, § 3º da CF/88 e disciplinado, atualmente, pela Lei 9.096 (Lei dos partidos políticos) em seus artigos 38 a 44.

O fundo partidário é composto por dotações orçamentárias da União e também por multas, penalidades, doações e outros recursos financeiros que são atribuídos por lei. Direcionado à promoção da igualdade entre os partidos políticos e à minimização das diferenças econômicas entre eles porque 5% do valor é dividido, em partes iguais, a todos os partidos e os 95% restantes são distribuídos de forma proporcional aos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

A propaganda eleitoral gratuita está intimamente ligada com o financiamento público de campanhas eleitorais porque, a “[...] propaganda eleitoral no rádio e na televisão é exclusivamente gratuita, não sendo admitida, [...] a compra de horário no rádio e na televisão” (ROLLO, 2010, p.183). Na verdade essa gratuidade é para os partidos políticos e candidatos, pois eles não custeiam esse tipo de propaganda. No entanto, o poder público nesta situação desonera as emissoras de rádio e televisão de alguns tributos em razão de concederem esse período da grade da emissora para veiculação da propaganda eleitoral e, conseqüentemente, deixam de arrecadar. Por essa razão, a doutrina classifica a propaganda eleitoral gratuita como sendo uma forma indireta de financiamento público de campanhas eleitorais.

É através da propaganda que um candidato político ou um partido pode expor suas ideias, anseios e objetivos, bem como seus projetos com a finalidade, é claro, de conquistar um maior número de adeptos a suas propostas. Com isso, percebe-se a relevância da propaganda no meio político, tanto é assim que:

A ratio legis é uma só: proteger os partidos e os candidatos menos ricos do abuso do poder econômico, minimizando um pouco, entre nós, o papel avassalador que o poder econômico exerce [...].
O combate ao poder econômico, as restrições ao seu papel abusivo nas campanhas eleitorais, é fundamental para a consolidação, em nosso país, de uma democracia minimamente representativa. De outra parte, ainda cumpre à lei o papel de estreitar o fosso que separa os grandes partidos dos pequenos e os candidatos ricos e poderosos das

candidaturas populares e pobres. (AMARAL; CUNHA, 2002, p. 203)

Enfim, o financiamento público é um esforço que também por si não tem sido eficiente para reduzir a interferência do poder econômico sobre a política. A tentativa de garantir um mínimo de recursos e de horário eleitoral gratuito para realização da propaganda obrigatória a todos os partidos vem sendo sistematicamente empalidecida pela influência do poder econômico que fomenta a desigualdade e estimula a corrupção.

2 AS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO ATUAL SISTEMA DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS.

A discussão sobre a necessidade de alterar as regras do financiamento de campanhas encontra-se na agenda do debate sobre a necessária reforma política e vem sendo alimentada pela enxurrada cotidiana de escândalos que ligam o financiamento de campanhas a inúmeros casos de corrupção que tem abalado a própria legitimidade da democracia representativa.

Apesar das manifestações populares que clamam pelo cumprimento da Constituição Federal e pelo afastamento da influência do poder econômico, o Congresso Nacional, como abaixo será verificado, parece estar longe de compatibilizar a sua atuação legislativa com os princípios constitucionais.

Antes de abordar a proposta (PEC 182/2007 e Emenda Aglutinativa 28) que foi votada e aprovada, em 1º e 2º turno, pela Câmara dos Deputados, respectivamente nos dias 27 de maio de 2015 e 12 de agosto de 2015, mencionaremos, por um lado, os projetos de lei que defendem o financiamento público exclusivo; por outro, aqueles que aceitam apenas o financiamento por pessoas físicas, sujeitas a regras e limites mais rígidos que aqueles vigentes hoje. Vejamos, ainda que rapidamente, as principais propostas.

2.1 Principais propostas do financiamento exclusivamente público.

Há atualmente no Congresso Nacional três projetos de lei que visam implantar o financiamento exclusivamente público de campanhas eleitorais, sendo eles: Projeto de Lei 2.679/2003; Projeto de Lei do Senado 268/2011; Projeto de Lei 6.136/2013.

A defesa do financiamento público esta alicerçada na necessidade de estancar o aumento de gastos crescentes a cada eleição e de reduzir as influências e abusos do poder econômico que impõe favorecimentos ilícitos, gera a corrupção e propicia uma disparidade de

competição.

Em linhas gerais, as argumentações favoráveis ao financiamento exclusivo são: a) ele tende a tornar a disputa eleitoral mais igualitária, pois todos os partidos seriam custeados pelo dinheiro público sem que o poder econômico pudesse intervir e conseqüentemente desequilibrar a disputa; b) a desvinculação dos candidatos e partidos do poder econômico, os quais não precisariam retribuir os aportes financeiros feitos para a eleição; c) possibilidade da diminuição dos custos com as campanhas eleitorais; d) contribuição para uma maior transparência dos gastos e da arrecadação facilitando a fiscalização.

Por outro lado, os aspectos negativos trazidos à baila são: a) o financiamento exclusivamente público afronta o princípio do pluralismo político e da liberdade de expressão, os quais possibilitam a interação entre o cidadão e os partidos e candidatos; b) o financiamento exclusivamente público possivelmente desencadeará “[...] o desinteresse dos partidos políticos, que, recebendo os recursos unicamente estatais, não necessitam mais dos cidadãos, deixando de lado o enraizamento no seio social” (KANAAAN, 2012, p.286) passando a atuar como agentes estatais a serviço do governo, descaracterizando essa representatividade popular que os partidos políticos possuem, pois os partidos “[...] exercem uma função de mediação entre o povo e o Estado no processo de formação da vontade política, especialmente no que concerne ao processo eleitoral.” (GRIMM *apud* MENDES; BRANCO, 2013, p.722) ; c) a CF/88 estabelece a liberdade político-partidária e esta compreende autonomia dos partidos para definirem a sua criação, a organização e o seu funcionamento e tais elementos compreendem as fontes de recursos (SANSEVERINO, 2012, p.257); d) a CF/88 considera os partidos políticos como associações privadas, logo, os partidos podem angariar recursos para financiar as campanhas eleitorais; e) os partidos menores serão prejudicados porque, em geral, o critério para a divisão dos valores é o número de votos obtidos na eleição para a Câmara dos Deputados, ou seja, a quantidade de deputados eleitos pelo partido podendo haver um “[...] “congelamento” das chances eleitorais dos partidos políticos em função dos critérios de distribuição adotados.” (BACKES; VOGUEL, 2014, p.16); f) o financiamento exclusivamente privado sobrecarregaria o orçamento público já fragilizado para suprir os direitos fundamentais.

Os adeptos deste modelo de financiamento defendem que a sua instituição sepultaria a prática bastante conhecida do “caixa dois”. No entanto, se os valores estipulados pelas propostas de reforma não forem suficientes para cobrir os gastos com as campanhas eleitorais possivelmente auxiliará na prática de “caixa 2”, pois os candidatos buscarão doações ilegais para custearem a sua campanha. “Se houver demandas ou ofertas reprimidas que justificam o

caixa 2 no atual sistema de financiamento, estas continuarão com a mesma força num regime de financiamento público exclusivo.” (SPECK, 2005, p. 156-157).

Na verdade as doações ilegais só seriam reduzidas, independentemente do sistema adotado, caso houvesse uma forte fiscalização e uma punição célere e efetiva para os infratores. Isto porque, sem esses mecanismos, independente do sistema, essas doações ilegais continuarão existindo.

A questão do financiamento público exclusivo gera dúvidas que precisam ser respondidas como, por exemplo: como serão divididos esses valores dentro dos partidos e entre os candidatos? Será que haverá uma divisão entre candidatos de maneira proporcional e de forma equilibrada? Se líderes nacionais dos partidos controlarem a distribuição dos fundos públicos para campanha eles poderão favorecer uns candidatos e desfavorecer outros? (SAMUELS, 2005, p. 25). Enfim, esta situação pode gerar a disparidade de igualdade e de competição entre os candidatos de um mesmo universo partidário.

2.2. PROPOSTA DA CAMPANHA PARA A REFORMA POLÍTICA DEMOCRÁTICA: limitação do valor de doação para pessoas físicas e proibição para que pessoas jurídicas contribuam

Uma proposta que a nós parece apta para interromper esse ambiente antidemocrático é o projeto de Lei 6.316/2013²⁹ elaborado “[...] em conjunto pela CNBB, OAB e demais entidades que integram a coalizão democrática” (COMISSÃO, 2014). O projeto enfatiza a proibição por parte das pessoas jurídicas de direito privado de realizarem qualquer tipo de doação a candidatos ou partidos políticos e limita a R\$ 700,00 o valor que pode ser doado por pessoas físicas, bem como estabelece uma porcentagem de arrecadação dos candidatos que recebem doações de particulares, a saber:

Art. 17 As campanhas eleitorais serão financiadas por doações realizadas por pessoas físicas e pelo Fundo Democrático de Campanhas, gerido pelo Tribunal Superior Eleitoral e constituído de recursos do Orçamento Geral da União, multas administrativas e penalidades eleitorais.

§1º A lei orçamentária correspondente ao ano eleitoral conterá, em rubricas próprias, dotações destinadas ao financiamento das campanhas eleitorais de primeiro e segundo turno, em valores a serem propostos pelo Tribunal Superior Eleitoral.

[...].

Art.17-A As pessoas jurídicas são proibidas de efetuar, direta ou

²⁹Apensado ao PL 6114/2013.Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=591375>>.

indiretamente, doações para campanhas eleitorais

[...].

Art.17-B Cada eleitor poderá doar aos partidos políticos para as campanhas eleitorais até o valor de R\$ 700,00 (setecentos reais)

[...].

Art.17-C O limite para arrecadação de doações individuais e para a realização de despesas com o uso desses valores será correspondente a quarenta por cento da quota do Fundo Democrático de Campanha que cabe ao maior partido.

O Projeto ao manter a doação de pessoas físicas a partidos e candidatos preserva o financiamento misto de campanhas eleitorais. Ainda, atribui ao Tribunal Superior Eleitoral a incumbência de estipular os valores a serem adotados pela lei orçamentária.

Tal projeto é positivo porque consagra duas medidas incisivas para reduzir a influência do poder econômico nas eleições: proibição das doações por parte das pessoas jurídicas; estabelecimento do limite de doações de pessoas físicas ao aporte financeiro de R\$ 700,00 reais.

3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.650, A PEC 182/2007 E A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Enquanto o Legislativo não promove a necessária alteração no atual modelo de financiamento de campanha, o Supremo Tribunal Federal foi chamado para intervir na questão por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.650). Proposta pela OAB nela se requer a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais previstos nas Leis 9.504/1997 e 9.096/1995 que regulamentam as doações privadas de pessoas físicas e jurídicas para campanhas eleitorais e partidos políticos, sob o argumento de que tais dispositivos afrontam os princípios da igualdade, o democrático e o republicano³⁰.

Em que pese a riqueza e complexidade do debate que envolve a discussão sobre a legitimidade de o Poder Judiciário exercer a jurisdição constitucional a partir de princípios, entendemos que, nesta questão, o STF está legitimado constitucionalmente para declarar a inconstitucionalidade da possibilidade de financiamento de campanhas por pessoas jurídicas e também para fixar limites às doações realizadas por pessoas físicas sem qualquer

³⁰ Até o momento, já proferiram os seus votos os seguintes ministros do STF: Luiz Fuz (Relator), Joaquim Barbosa (aposentado), Dias Toffoli, Luis Roberto Barroso, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, e Teori Zavascki, sendo que este, até o momento, foi o único que votou pela improcedência da ação que está suspensa, desde 2 de abril de 2014, devido a um pedido de vista do Min. Gilmar Mendes. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=4136819>>.

possibilidade de que tal decisão seja acusada de antidemocrática. Conforme afirmam Daniel Sarmiento e Aline Osorio:

Se as regras sobre financiamento eleitoral criam discriminações odiosas entre eleitores, convertem a assimetria econômica em desigualdade política, induzem o surgimento de relações promíscuas entre o poder econômico e os governantes e fomentam a corrupção, elas violam os princípios constitucionais da igualdade, da democracia, da República e da proporcionalidade. Esta não é apenas uma questão política; trata-se também de um verdadeiro problema constitucional.

Daí porque tais violações, cuja ocorrência se evidencia ainda mais diante do quadro empírico acima retratado, justificam plenamente a intervenção do órgão encarregado de zelar pela guarda da Constituição.

(2014, p. 30).

Portanto, em razão da omissão legislativa em proceder a uma reforma política que adeque o financiamento de campanhas à Constituição Federal, torna-se premente a atuação do Supremo Tribunal Federal com o intuito de afastar as atuais ameaças aos princípios da igualdade, democrático e republicano debilitados pelo triunfo de um modelo em que a lógica mercantil prevalece.

Contrariando a Constituição e a movimentação social que clama para uma mudança de direção que permita uma melhora qualitativa no cenário político, no dia 27 de maio de 2015, o Plenário da Câmara dos Deputados levou à votação e aprovou a Emenda Aglutinativa 28, que constitucionaliza a permissão para que os partidos políticos recebam doações de recursos financeiros ou de bens estimáveis em dinheiro de pessoas físicas ou jurídicas, permitindo aos candidatos unicamente o recebimento de doações de pessoas físicas. Esta votação além de ir na contramão da melhora do sistema político representa verdadeira violação do devido processo legislativo.

Ora, no dia anterior, havia sido rejeitada a Emenda Aglutinativa 22 que também pretendia dar nova redação ao § 5º do artigo 17 da Constituição. O texto da emenda dava aos partidos políticos e aos candidatos permissão para receber doações de recursos financeiros ou de bens estimáveis em dinheiro de pessoas físicas ou jurídicas. A proposta previa que os limites máximos de arrecadação e gastos de recursos para cada cargo eletivo deveriam ser estabelecidos em lei.

Diante da mencionada manobra proveniente da Presidência da Câmara, 63 parlamentares de diversos partidos impetraram Mandado de Segurança (MS 33630)³¹ perante

³¹ A Min. Rel. Rosa Weber indeferiu o pedido de liminar sem prejuízo de exame mais acurado após a prestação de informações e manifestação do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República. Cf. Mandado de Segurança 33630/DF. Disponível em:

o Supremo Tribunal Federal, requerendo a interrupção imediata da tramitação da PEC 182/2007, alegando em síntese: afronta ao § 5 do Art. 60 da CF/88 que veta a votação de uma mesma matéria rejeitada ou havida por prejudicada na mesma sessão legislativa (período anual de funcionamento do Congresso Nacional); e também ao Art. 60, inciso I pois a Emenda Aglutinativa 28 seria, na verdade, nova emenda constitucional que teria sido subscrita sem a observância do número mínimo de proponentes (um terço dos membros da Câmara ou do Senado) previsto na Constituição.

A votação em segundo turno da PEC da reforma política (PEC 182/07) ocorreu no dia 12 de agosto de 2015 e, apesar de a votação em primeiro turno estar sob a discussão supracitada no STF, os deputados aprovaram o financiamento de campanhas com doações de pessoas físicas a candidatos e a partidos e de empresas a partidos. O texto foi aprovado por 317 votos a 162 e seguirá para a análise do Senado Federal (PIOVESAN, 2015).

Desta maneira, verifica-se que a decisão dos deputados acerca do tema financiamento de campanhas praticamente mantém as regras intactas, pois ainda permanece o sistema misto de financiamento de campanhas, sem que haja a proibição para as doações por parte das pessoas jurídicas de direito privado aos partidos.

Essa votação é sem dúvida uma derrota para a democracia e a tentativa de produzir eleições mais justas, livres e equânimes, isto porque, as doações por parte das pessoas jurídicas de direito privado e a regra que leva por base os rendimentos auferidos no caso das pessoas físicas são, sem dúvida, uma afronta à Constituição e por isso são normas inconstitucionais. Dessas violações, que antecipam um futuro sombrio para a atividade parlamentar no Brasil, possivelmente restará um posicionamento do STF.

CONCLUSÃO

A influência do poder econômico na política por meio do financiamento das campanhas é nefasta. A ADI 4.650, proposta pela OAB, revela a inconstitucionalidade das regras que regulamentam o financiamento de campanhas eleitorais, as quais atingem princípios basilares da Constituição Federal de 1988, tais como: o princípio da igualdade, o democrático e o republicano. Logo, é razoável esperar que os Ministros do Supremo Tribunal Federal votem pela sua inconstitucionalidade.

Apesar de todas as dúvidas e questionamentos que envolvem a questão uma conclusão

para ser inafastável: se o Congresso Nacional aprovar a PEC 182/2007 para inserir autorização constitucional para que as empresas façam doações, mesmo que apenas aos partidos e não aos candidatos, Ele estará indo na contramão do processo de amadurecimento das instituições brasileiras. Ora, proibição apenas para a doação aos candidatos não alterará as relações atuais existentes entre os financiadores e a escolha dos representantes porque serão os partidos que definirão os critérios para a distribuição interna dos recursos e, conseqüentemente, as empresas poderão exigir que a distribuição ocorra segundo os seus interesses.

Enfim, se o financiamento de campanhas por pessoas jurídicas, que é a principal patologia do financiamento de campanhas nacional, for constitucionalizada pelo Congresso Nacional não mais restará dúvidas de que a atuação deste está em completa desarmonia com a Constituição Federal, cenário que sugere, novamente, a atuação do Supremo Tribunal Federal na qualidade de órgão incumbido constitucionalmente da salvaguarda dos valores constitucionais em um cenário comandado pelo querer do poder econômico em um ambiente de corrupção endêmica.

A despeito de todas as dificuldades que envolvem a alteração do financiamento, entendemos que a opção mais próxima do desenho constitucional deveria contemplar a forma mista de doação: o Estado regulamentando o fundo partidário e autorizando somente a propaganda eleitoral gratuita; o financiamento privado feito apenas pelas pessoas físicas, as quais poderiam doar um valor com um teto máximo fixado em um percentual baixo. Tais medidas voltadas para enfraquecer a influência do poder econômico nas eleições, fortalecer a pluralidade e minimizar as desigualdades entre a participação dos eleitores hoje existente.

Enfim, nesse momento de discussões, esperamos que a opção do Senado Federal seja no sentido de afastar o pior. Caso isso não ocorra, nos restará aguardar o posicionamento do STF.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo. **Manual das eleições**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BACKES, Ana Luiza; VOGUEL, Luiz Henrique. Financiamento de campanhas: problemas do modelo atual e opções legislativas para enfrentá-los. **Consultoria Legislativa**, Brasília, DF, fev.2014. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentosepesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/2014_3.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar em mandado de segurança 33.630 distrito federal**. MS 33630/DF. Relatora: Min. Rosa Weber, DF, 30 mai.2015. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/texto_307054426.pdf>. Acesso em: 12 ag.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial apresentada pelo Conselho Federal da OAB**. ADI 4650/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, set. 2011. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650>>. Acesso em: 10 out. 2014.

CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém; ASSIS JUNIOR, Moises Pereira. Financiamento Público de Campanhas Eleitorais. **Tribunal Superior Eleitoral**. Estudos eleitorais, Brasília, DF, v. 7, n. 2, p. 25-46, maio/ago. 2012. Disponível em:<http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_v7-n2.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

CLARAS 2012, ÀS. **Transparência Brasil**, Brasília, DF, 2012. Disponível em:<http://www.asclaras.org.br/@index.php?partido=&estado=&municipio=&cargo=11&cargo_nome=Prefeito&partido_nome=&estado_nome=&municipio_nome=&ano=2012>. Acesso em: 22 jul. 2014.

COTRIM, Gilberto. **História global: Brasil e geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva,2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Licença para roubar: eleitores e "supereleitores"**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4112, 4 out. 2014. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/32011>>. Acesso em: 8 out. 2014.

JERONIMO, Josie; RODRIGUES, Alan. Por que as campanhas serão tão caras? **IstoÉ**, Brasil, v. 2329, 11 jul. 2014. Disponível em:<http://www.istoe.com.br/reportagens/372356_POR+QUE+AS+CAMPANHAS+SERAO+T AO+CARAS+>>. Acesso em: 7 out. 2014.

KANAAN, Alice. Financiamento público, privado e misto frente à reforma política eleitoral que propõe o financiamento público exclusivo. Temas do direito eleitoral no século XXI: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, 2012. **ESMPU**, Brasília, DF. Disponível em:<http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/VERSaO_DEFINITIVA_TEMAS%20DE%20DIREITO%20ELEITORAL%20N O%20SECULO%20XXI%20sem%20marcas.pdf>. Acesso em: 27 out. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Eduardo. Câmara aprova doação de empresas a partidos e conclui reforma política. **Câmara Notícias**, 2015. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/493747-CAMARA-APROVA-DOACAO-DE-EMPRESAS-A-PARTIDOS-E-CONCLUI-REFORMA-POLITICA.html?utm_campaign=boletim&utm_source=agencia&utm_medium=email>. Acesso em: 13 de ag.2015.

ROLLO, Alberto. **Eleições no direito brasileiro**: atualizado com a Lei n. 12.034/09. São Paulo: Atlas, 2010.

SALMINTO, Idelfonso Vidal. **O argumento da representatividade em prol do financiamento público exclusivo de campanhas eleitorais à luz do patrimonialismo**. 2010. 66 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização)- Monografia (especialização) – Curso

de Política e Representação Parlamentar, Câmarados Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3968/argumento_representatividade_salmito.pdf?sequence=2>. Acesso em: 12 fev. 2014.

SAMUELS, David. Financiamento de Campanhas no Brasil e Propostas de Reforma. Suffragium: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 1, n.1, p. 11-28, set./dez. 2005. **Tribunal Regional Eleitoral**, Ceará. Disponível em: <http://apps.tre-ce.jus.br/tre/servicos/trece_publicacoes/arquivos/2007/tre-ce-publicacao-2007-revista-suffragium-no-4-janeiro-a-junho-2007.pdf>. Acesso em: 1 maio. 2014.

SANSEVERINO, Francisco A. V. Financiamento de campanha eleitoral entre o público e o privado. Temas do direito eleitoral no século XXI. **Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, DF, 2012, p 251-270. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/VERSaO_DEFINITIVA_TEMAS%20DE%20DIREITO%20ELEITORAL%20N%20O%20SECULO%20XXI%20sem%20marcas.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2014.

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. **Migalhas**, 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

SOARES, Marcelo. Bruno Speck: 'Limites para doações hoje são irrelevantes'. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 31 dez. 2012. Disponível em: <<http://ocustodovoto.blogfolha.uol.com.br/2012/12/31/bruno-speck/>>. Acesso em: 5 out. 2014

SPECK, Bruno Wilhelm. Reagir a escândalos ou perseguir ideais? A regulação do financiamento político no Brasil. **Cadernos Adenauer**, v. 6, n.2, p. 123-159, set.2005.

SPRICIGO, Rafael. Formas de financiamento de campanhas dividem opiniões entre estudiosos. **Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina**, Santa Catarina, 14 abr.2014. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/site/imprensa/noticia/arquivo/2014/abril/artigos/formas-de-financiamento-de-campanha-dividem-opinioes-entre-estudiosos/index.html>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

VICELLI, Amanda; SANTOS, Carla Bianchi. **Abuso de poder econômico**: distorção do processo eleitoral e violação aos direitos fundamentais de 4a geração. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=96bda159871048d8>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

XAVIER, Carlos Joel Carvalho de Formiga. **A corrupção política e o caixa 2 de campanha no Brasil**. 2010. 117 f. Dissertação (Mestrado)- Programa de Pós- Graduação em Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

UMA VISÃO HOLÍSTICA DA MEDIAÇÃO E A SUA APLICABILIDADE NO MEIO EMPRESARIAL

Nathalia Favaro de Carvalho³²

Rozane da Rosa Cachapuz³³

1 INTRODUÇÃO

A sociedade vem crescendo cada vez mais e com ela conflitos e desentendimentos entre as pessoas derivados da própria relação entre elas, criando uma cultura do litígio. O Estado avocou para si a resolução das contendas a fim de manter a ordem e buscar a pacificação social

Contudo, tamanhas quantidades de desentendimentos começaram a sobrecarregar o Poder Judiciário, o que passou a deixar as demandas judiciais cada vez mais demoradas e custosas.

Assim, em razão, sobretudo, da crise do Poder Judiciário e das novas necessidades da vida contemporânea, que reivindica mais agilidade na maneira de resolver problemas, percebeu-se a necessidade de empregar outros meios de solução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente os institutos da mediação, conciliação e arbitragem, cujo particular ocupa papel fundamental para resolução de contendas.

O instituto da mediação, em especial, veio como alternativa a esse grande problema através de técnicas de solução de conflitos que são muito convenientes aos juristas e à sociedade. No âmbito empresarial, ela pode ser aplicada em praticamente todas as suas derivações e torna-se uma boa alternativa, pois seus métodos são menos custosos, mais céleres e igualmente eficazes.

Demonstrado a necessidade de descongestionar o poder judiciário e de se buscar meios alternativos para a resolução de conflitos, parte-se para a questão central do trabalho que é comprovar a eficácia da mediação no que tange aos conflitos empresariais bem como o impacto que ela causa no poder judiciário e na própria empresa, evidenciando a expressiva relevância do tema.

³² Advogada. Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: nath_favaro@hotmail.com

³³ Advogada. Doutora em Direito Internacional com ênfase em Direito de Família pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora e coordenadora da Pós-Graduação em Direito Empresarial na Universidade Estadual de Londrina. E-mail: rozane_cachapuz@hotmail.com

A escolha desse tema é pautada na procura pela pacificação social defendida pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça e no novo Código de Processo Civil para solucionar conflitos.

O principal objetivo deste trabalho analisar a mediação no plano empresarial expondo seus benefícios e vantagens de acordo com a base legal.

Para comprovar isso, será abordado o mecanismo da mediação, analisando seus tipos, autonomia de vontade das partes e a figura do mediador. Na sequência, falará sobre a Resolução 125 do CNJ e na Lei nº 13.105/2015. Por fim, abordará a mediação no contexto empresarial como um todo. Para tanto, serão analisadas diversas bibliografias a esse respeito.

Compreende-se, assim, realizar um trabalho explicativo e descritivo, utilizando o método dedutivo, partindo da premissa geral, que é a mediação até alcançar as premissas específicas: mediação na empresa e acesso à justiça.

2 DA MEDIAÇÃO

Segundo o dicionário Michaelis, a palavra mediação, dentre outros significados, denota a ideia de

Ato ou efeito de mediar; Contrato especial pelo qual uma pessoa, mediante remuneração, se incumba de empregar o seu trabalho ou diligência para obter que duas ou mais pessoas, interessadas num determinado negócio, se aproximem com o fim de o realizar; Interferência de uma ou mais potências, junto de outras dissidentes, com o objetivo de dirimir pacificamente a questão ocorrente, propondo, encaminhando, regularizando ou concluindo quaisquer negociações nesse sentido.

De acordo com Rozane da Rosa Cachapuz (2006), mediação deriva do latim *mediare*, cujo significado é partir ao meio. Esse instituto originou por volta de 3000 a. C. na Grécia. Seu desenvolvimento foi marcado na década de 1970 nos Estados Unidos, onde se usava a mediação nos desentendimentos entre os civis e a polícia, nas queixas criminais e nos casos de divórcio.

André Gomma Azevedo, (2013) explica que a mediação está diretamente ligada ao movimento de acesso à justiça da década de 1970, que reivindicava modificações no sistema a fim de melhorar o acesso à justiça, buscando novas formas de resolução de contendas bem como que reduzissem seus custos.

O acesso à justiça no Brasil tem diversos obstáculos. Inicialmente deve-se entender que o conceito de acesso à justiça divide-se em formal e material. Acesso à justiça no sentido

formal é o direito de ir a juízo demandar para proteger ou buscar um direito. O sentido material, por sua vez, corresponde a um processo e uma decisão justa.

Há, portanto, segundo Luciane Moessa de Souza (2009), quatro óbices ao acesso à justiça: os de natureza financeira, decorrentes do alto custo de uma ação judicial; os de natureza temporais, caracterizados pela demora na resolução da lide por dificuldades institucionais e pelas diversas possibilidades de interposição de recursos; os de natureza psicológica e culturais, evidenciado pela dificuldade das pessoas em identificar existência de um direito; e por fim os de natureza institucionais, que devido à morosidade do poder judiciário pode desestimular a parte em buscar seu direito.

Outro obstáculo ao acesso à justiça é a descrença de se atingir o direito pretendido, derivada dos problemas relativos a qualidade das decisões, que pode ser oriundo das altas demandas de processos ou por falta de formação dos juízes.

Como alternativa a esse problema surge a execução de outros meios de solução de conflitos, como a mediação, conciliação e a arbitragem.

Destaca Roberto Portugal Bacellar (2009, p. 89) que se faz necessário admitir a ineficácia da estrutura do Poder Judiciário em “acompanhar o crescimento populacional e a consequente multiplicação e complexidade dos litígios”.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2015) assegura que quanto mais desentendimentos forem resolvidos fora da jurisdição, haverá menos demandas judiciais e, portanto, o judiciário poderá atuar de forma mais rápida e justa aos litígios de sua competência.

A mediação é um dos meios de resolução consensual de conflito, em que partes buscam a autocomposição. Entre elas há a figura de um facilitador do diálogo, chamado de mediador, um terceiro desinteressado e imparcial que leva os conflitantes a perceberem suas desavenças e debaterem sobre isso, objetivando o deslinde da controvérsia.

Cachapuz (2006) e Souza (2009) compartilham do mesmo entendimento ao explicarem que a mediação visa, não apenas a solução da contenda, mas o reestabelecimento da comunicação entre os mediados. Além disso, as partes também têm condições de solucionar de forma eletiva, outros desentendimentos.

Tania Almeida (2009) corrobora com a mesma ideia ao elucidar que a mediação não apenas decompõe a disputa, como também, por consequência, reconstrói a relação harmônica entre as partes.

Na mediação as próprias partes exercem seu poder de decisão e são responsáveis por ela. Assim, o empenho e envolvimento delas proporcionam maior probabilidade de cumprir o acordado, propiciando maior eficácia na obrigação contraída.

2.1 OS MEIOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça promoveu política pública de tratamento apropriado das demandas do Judiciário, no qual abrange os meios consensuais de solução de conflitos, dentre eles a mediação.

Recentemente foi aprovada a Lei nº. 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação como instrumento de solução de conflitos entre particulares e autocomposição no campo da administração pública.

O novo Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105/2015, instituiu a mediação ao longo de seu texto, definindo-o como norma fundamental do processo civil a ser observada e estimulada no decorrer de todo o processo judicial.

Devido à conexão já existente entre as partes, Francisco José Cahali (2012) relata que a mediação é procedimento mais longo, podendo precisar de variadas sessões para firmar um diálogo entre as partes, isso porque seu foco é no conflito, e não na solução.

Importante ressaltar que não são a todos os conflitos que se recomenda a solução pelos meios extrajudiciais. Cabe ao operador do direito identificar as peculiaridades da controvérsia e conduzir as partes ao meio de resolução mais eficiente.

Neves (2015, p. 50) não considera a mediação e a conciliação “[...] como a panaceia a todos os problemas no campo dos conflitos de interesse”.

Pelo instituto da mediação, as partes são conduzidas a identificarem suas divergências, oportunizando-lhes decidirem a contenda da melhor forma que atenda seus interesses. (CACHAPUZ, 2006)

Do mesmo entendimento compartilha e complementa Cahali (2012) ao certificar que, pelo fato de as próprias partes exporem seus desejos e chegarem a um resultado consensual proporciona maiores chances de cumprimento do acordo e da obrigação contraída, ao passo que a solução imposta por um terceiro antagônico à vontade da parte gera inúmeros recursos, bem como o descumprimento da decisão.

A mediação não propicia apenas o fim do conflito em menos tempo, mas também uma decisão de qualidade alcançada pelas próprias partes ao apresentar suas pretensões e encontrar uma via que atenda a ambas.

Assim, observa-se como vantagens de seu emprego o reestabelecimento de diálogo entre as partes, economia de tempo e recursos financeiros, flexibilidade do meio utilizado para dirimir e obstar os desentendimentos.

Fernando Gama de Miranda Netto e Delton Ricardo Soares Meirelles (2012) constataram a efetividade da mediação antes mesmo da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

Uma experiência relevante realizada no Brasil é o projeto Balcão de Direitos do Estado do Rio de Janeiro, criação da ONG “Viva o Rio” em 1996. Trata-se de projeto nas comunidades carentes e favelas da Rocinha, Chapéu Mangueira e Babilônia e outras, em que se presta assessoria jurídica aos moradores, bem como faz a mediação dos conflitos internos. (PALMISCIANO, Ana Luísa S. Correia de Melo, 2005).

Outras iniciativas são destacadas por Miranda Netto e Meirelles (2012), como o Centro de Mediação e Arbitragem (CMA) da PUC-MG e o Programa Justiça Comunitária, no Distrito Federal.

A mediação também foi observada pela Administração Pública ao criar o a Procuradoria de defesa do consumidor (Procon). O Decreto Estadual do Rio de Janeiro nº. 35.686/2004, no art. 3º, V engloba a mediação entre as partes da relação de consumo como função do órgão de proteção.

2.2 DA NATUREZA JURÍDICA DA MEDIAÇÃO

De acordo com Cachapuz (2006), a natureza jurídica da mediação é contratual, haja vista a vontade livre das partes em criar, modificar ou extinguir direitos, o objeto ser lícito e possível e as partes serem capazes para agirem deste modo, estando aí presentes os pressupostos do negócio jurídico.

Dessa forma, as partes devem concordar na contratação de um terceiro interventor na relação, já que se uma das partes não consentir, não será possível realizar a mediação.

Por possuir natureza jurídica contratual, a mediação pode ser classificada como plurilateral, consensual, informal e onerosa. Plurilateral por ter ao menos três partes: no mínimo dois conflitantes e o mediador; é consensual devido à espontaneidade das partes para contratarem um terceiro; é informal pela ausência de procedimentos rígidos e formais; e por fim, é onerosa, pois o mediador recebe remuneração. (ADOLFO BRAGA NETO, 2009)

2.3 DA AUTONOMIA DE VONTADE

A vontade das partes é fundamental para realizar a mediação. Destaca-se que a decisão de se submeter a ela deve ser tomada pelos próprios envolvidos, sem qualquer imposição, já que no decorrer das sessões, suas decisões e vontades serão respeitadas pelo mediador. Desta maneira, deve-se respeitá-la.

Bruna Lyra Duque (2008) entende como autonomia da vontade toda manifestação livre de qualquer outra ligação ou relação. A autonomia da vontade no campo da mediação refere-se ao pronunciamento de escolha a se submeter perante terceiro para auxiliar na resolução do problema.

Para Cachapuz (2006), o instrumento da mediação é pautado nos seguintes princípios: imparcialidade, flexibilidade, aptidão, sigilo, credibilidade e diligência. Tudo isso para alcançar seu objeto, que é a conduta humana em dar fim à controvérsia fundada através do desejo das próprias partes e não na aplicação da lei.

Assim, busca-se dar efetividade àquilo que as partes desejam e queiram alcançar e não apenas impor a eles a previsão legal.

Henrique Gomm Neto (2009) dirige-se à mediação como uma negociação frustrada, já que os envolvidos procuraram um terceiro para auxiliá-los na resolução do conflito que não foi resolvido por eles mesmos. Dessa maneira, a mediação inicialmente propicia às partes um lugar (espaço físico) onde tenha condições de conversar, refletir e alcançarem uma solução. Depois o mediador faz seu papel em auxiliar o diálogo entre as partes, objetivando descaracterizar o conflito de acordo com o interesse delas e restabelecer a relação maculada pelo interesse divergente.

Os meios de solução consensual de conflito podem ser extrajudiciais ou judiciais. A primeira acontece por vontade dos envolvidos, onde decidem, de comum acordo, o mediador ou conciliador (a depender da existência prévia de vínculo entre as partes) ou a procurar um centro de especializado para esse fim. Na segunda, a autocomposição é estimulada em diversas fases do processo, buscando a promoção pacífica dos conflitos e proporcionando meios para isso, como as audiências de conciliação e mediação.

Hoje a mediação é tratada como gênero da qual origina duas espécies: a mediação extrajudicial ou clássica e a mediação judicial.

Por mediação extrajudicial, como bem se nota pelo nome, é aquela realizada fora da competência do Estado, em que as próprias partes decidem procurar um terceiro com o fim de resolver seu desentendimento antes de torná-lo um litígio propriamente dito. Tem-se uma possibilidade maior que conseguir um efeito positivo.

Contudo, ressaltam Adolfo Braga Neto e Lia Regina Castaldi Sampaio (2007), que a mediação não almeja apenas o acordo, mas também alcançar as pretensões das partes.

A mediação judicial, por sua vez, foi apresentada na Resolução nº. 125 do Conselho Nacional de Justiça, sendo provocada pelo juiz em demandas judiciais, em que, após o recebimento da petição inicial, será designada audiência de conciliação ou de mediação, que poderá ser dispensado pelas partes.

2.4 DO MEDIADOR

A necessidade de conciliar a decisão estatal ao sentimento dos envolvidos no conflito, deu ensejo à criação de uma nova profissão: a de mediador ou facilitador.

Todo o procedimento de mediação é conduzido por um terceiro, um mediador, sendo caracterizado por Cachapuz (2006, p. 49) como “[...] indivíduo especializado em resolver conflitos, tendo caráter de interventor imparcial, escolhido pelos mediandos, atuando entre eles, como facilitador do diálogo”.

Um dos objetivos do mediador é incentivar a comunicação entre os conflitantes para que eles mesmos atinjam uma solução pacífica e para seu desentendimento. Nesse diapasão, o acordo é consequência da mediação.

O mediador deve agir e com imparcialidade e como facilitador do diálogo, de acordo com os princípios éticos. Podem atuar como mediadores os advogados, terapeutas, assistentes sociais, psicólogos ou mesmo aquele formado em mais de uma graduação. (CACHAPUZ, 2006)

Ressalte-se, contudo, que o mediador não pode empregar o conteúdo de sua formação de origem que seja adverso da mediação, segundo artigo 2º, inciso IV do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, Anexo III da Resolução nº. 125 do Conselho Nacional de Justiça. E, uma vez sendo mediador, fica impedido de prestar outro tipo de serviço profissional de qualquer natureza para os mediandos (artigo 7º).

Tânia Lobo Muniz (2009) caracteriza o mediador como administrador da controvérsia, que como tal deve planejar as estratégias que orientará o processo a partir da comunicação dos mediandos.

Para ser um bom mediador, a pessoa deve ter algumas características, como: imparcialidade, confiabilidade, paciência, empenho, conhecimento, capacidade, aptidão para comunicar-se e versatilidade.

3 DA RESOLUÇÃO 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), objetivando a eficiência operacional do poder judiciário, o acesso à justiça e o tratamento adequado aos litígios contenciosos, buscou outros meios de solução de conflitos, em especial a mediação e a conciliação.

Como se observa atualmente, o judiciário está abarrotado de processos pendentes em curso e a incidência de demandas repetitivas têm acentuado ainda mais essa crise que, na concepção de Cahali (2012) já são justificativas suficientes para se buscar meios alternativos com mais eficácia para resolver os litígios.

Para isso, foi editada a Resolução nº. 125 de 2010, que disciplinou os meios extrajudiciais de conflitos sob diversos argumentos, dos quais se destacam: eficiência operacional; e acesso à justiça; a promoção de políticas públicas de tratamento apropriado dos conflitos de interesses através de outros modos de solução; estímulo e qualificação dos meios extrajudiciais de controvérsia; e a efetivação da mediação e conciliação como mecanismo efetivo de pacificação social.

Criou-se a Resolução para suprir a necessidade de estimular e propagar a estruturação e aprimoramento de outros meios de solução de conflitos, também chamada de autocomposição, que já eram adotadas pelos tribunais, como a mediação e conciliação em diversas áreas. (AZEVEDO, 2013)

Logo no artigo 1º da resolução, foi instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses com o objetivo de garantir a todos a resolução das controvérsias por instrumentos que sejam apropriados a elas. Trata-se da divulgação da mediação e conciliação.

Segundo Gilton Batista Brito (2013), o CNJ definiu a mediação como meio de pacificação social e de resolução e prevenção de controvérsias, em que sua aplicação tem diminuído o excesso de demandas judiciais.

Conforme observa Kazuo Watanabe (2005), o objetivo a ser alcançado é a resolução mais apropriada à contenda, haja vista que as próprias partes perseguem resultados que atendam aos seus interesses, preservando, assim, o relacionamento pessoal delas. Com isso, o desabarrotamento do Judiciário é a consequência desse fenômeno.

Os objetivos da Resolução são observados nos artigos 2º a 4º: disseminação da cultura de pacificação social e boa qualidade do serviço; o Conselho Nacional de Justiça como auxiliar dos tribunais para desenvolver a política judiciária nacional; e promoção de incentivo à autocomposição pelos tribunais.

A resolução considera função do Judiciário assegurar o acesso à justiça e que assim, cabe a ele implantar outros meios de solução de conflito para proporcionar melhor a distribuição da justiça.

Ocorre que, segundo Cahali (2012, p. 48), com o passar dos tempos criou-se a “cultura do litígio” em que os conflitantes entregam ao Poder Judiciário a possibilidade de decidir suas controvérsias, sendo que eles mesmos poderiam fazê-lo. Por isso, a política pública exposta na Resolução 125 instiga a difusão de outras culturas de solução de conflitos, influenciando na sociedade em geral.

Nesse diapasão, Cahali e a própria Resolução nº. 125 vieram a ratificar o que Cachapuz (2006, p. 15) já havia afirmado em sua obra:

Para que a sociedade possa utilizar os meios extrajudiciais de resolução de conflitos é necessário o desenvolvimento e uma nova cultura social, no intuito de compreender e avaliar esses métodos, (que na realidade são tão antigos como o início da humanidade) de forma a obter a solução de uma maneira mais rápida, menos onerosa e principalmente atacada no âmago da questão que é o emocional.

Tal Resolução marcou e intensificou os procedimentos de autocomposição no Brasil, a fim de estimulá-los e regulamentá-los, transmitindo a ideia de pacificação social e implicando numa nova cultura de solução de conflitos.

Buscou-se pela Resolução nº. 125 organizar e padronizar os procedimentos de mediação para impedir diferentes orientações e garantir tratamento adequado às demandas.

Através dela, nos termos no artigo 5º, buscou-se criar uma rede composta por todos os órgãos do Poder Judiciário, entidades públicas e privadas aliadas, universidades e instituições de ensino para implementar a política pública nacional prevista no artigo 1º da Resolução.

Atestam Taise Rabelo Dutra Trentin e Sandro Seixas Trentin que a aplicação da mediação em programas já implementados já implicou na redução de demandas judiciais, bem como diminuição nos recursos e execução de sentença. Isso demonstra a necessidade de incentivo da implementação desses meios diversos de resolução de conflitos.

Resta clara a preocupação do Estado em dirimir os conflitos da sociedade, a fim de estimular práticas alheias para sua resolução por meio consensual, célere, eficaz, e muitas vezes, menos oneroso.

4 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A mediação foi alvo de diversos projetos de lei a fim de ser regulamentada pelo legislador, como aconteceu no Projeto de Lei nº. 4.827/1998 pela proposta da deputada Zulaiê Cobra; Projeto de Lei Complementar nº. 94/2002; Projeto de Lei no Senado nº. 166/2010 e no anteprojeto do novo Código Civil. (HUMBERTO DALLA BERNADINA DE PINHO, 2011)

Em 16 de março de 2015 foi sancionada a Lei nº. 13.105 que se refere ao novo Código de Processo Civil (CPC), ab-rogando o anterior, a Lei nº. 5.869/1973.

O legislador tomou o cuidado de regulamentar a mediação ao longo de todo o seu texto, sempre buscando a resolução dos conflitos de maneira consensual. Logo no Capítulo I do Livro I, no § 3º do artigo 3º foi prevista a mediação e a conciliação como normas fundamentais do processo civil.

É papel do Estado promover a solução consensual dos conflitos sempre que for possível, ou seja, motivar políticas públicas para resolver a contenda e assim incentivar a autocomposição, nos termos do § 2º, do artigo 3º, ratificando o conteúdo da Resolução 125 do CNJ.

De acordo com § 3º do mesmo artigo, juízes, defensores públicos, advogados, bem como membros do ministério público devem estimular a solução consensual de conflitos, até mesmo no decorrer do processo judicial.

Mais adiante no Código de Processo Civil, no Título IV foi definido como um dos deveres do juiz a promoção da autocomposição a qualquer tempo com a ajuda de conciliadores e mediadores, como disciplina o artigo 139, inciso V.

O mediador e o conciliador foram reconhecidos nesse Código como auxiliares da justiça, juntamente com o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, entre outros e tiveram seção própria organizando e definindo sua atividade.

A mediação e a conciliação distinguem-se de acordo com a existência (ou não) de vínculo anterior entre as partes, conforme parágrafos 2º e 3º do art. 165 da Lei nº. 13.105/2015:

Art. 165. [...]

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Desse modo, explica Fredie Didier Junior (2015) que o legislador destinou ao mediador os casos em que as partes tinham relação anterior, por utilizar uma técnica mais sutil e menos evasiva, pois o terceiro mediador as auxiliará a encontrarem soluções com benefícios mútuos. Já o conciliador, mesmo sendo imparcial, poderá aconselhar um desfecho da contenda.

O advogado pode se inscrever como mediador e conciliador, mas fica impedido de exercer a advocacia nos juízos em que atua como auxiliar da justiça.

O novo Código de Processo Civil autoriza as partes escolherem, de comum acordo, mediador ou câmara de mediação que poderão ou não estarem registrados no tribunal. Caso a escolha não seja feita, o processo será distribuído entre aqueles cadastrados no tribunal.

Os institutos do impedimento e da suspeição também são aplicáveis ao mediador, que estando nesta situação, deverá de imediato comunicar e devolver o processo ao juiz ou ao centro judiciário, que fará nova distribuição.

A nova lei foi inovadora ao decretar, no art. 174, que os entes da administração pública direta criem câmaras de conciliação e mediação para resolverem consensualmente conflitos derivados da espera administrativa.

O novo Código de Processo Civil previu nova modalidade de audiência: a de conciliação ou de mediação, mais uma vez incentivando a resolução pacífica do conflito.

Ao ingressar com a petição inicial, dentre os requisitos do art. 319, o autor deverá manifestar sua opção pela realização ou não da audiência de mediação. Manifestado o interesse do autor pela autocomposição e preenchidos os requisitos da petição inicial, o juiz designará a audiência de mediação (ou de conciliação).

Não se realizará a audiência, quando ambas as partes não se interessarem numa resolução consensual, devendo se manifestarem expressamente ou quando a autocomposição não for permitida. O desinteresse deve ser expressamente manifestado na petição inicial pelo autor e em simples petição com 10 dias de antecedência à audiência de mediação pelo réu.

Nos termos do parágrafo 8º do artigo 334,

O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

As partes deverão comparecer à audiência acompanhado pelo advogado ou defensor público e caso haja acordo, será reduzida a termo e homologada por sentença.

O juiz da demanda na audiência de instrução em julgamento, deverá promover a autocomposição, onde tentará a mediação ou a conciliação entre as partes independente de aplicação anterior de outros métodos.

E finalmente, a lei determinou como um título executivo extrajudicial o acordo assinado não cumprido e assinado por mediador ou conciliador judicial.

5 DA MEDIAÇÃO NO MEIO EMPRESARIAL

A mediação é um dos instrumentos de resolução pacífica de conflitos indicada nos casos que os conflitantes tinham algum tipo de relação anterior ao desentendimento entre eles, conforme mencionado anteriormente.

Nesse contexto, a mediação é indicada nos conflitos advindos da relação empresarial ou corporativa, pois para Cahali (2012, p. 68), “[...] o histórico de inter-relação entre os envolvidos justifica a mediação, que, igualmente, pode projetar um restabelecimento de convivência harmônica para o futuro”.

Esse instituto pode ser usado em diversas áreas do direito. No tocante ao direito empresarial, ela é utilizada para prevenção ou solução de desentendimentos intra-empresariais, nas relações entre a empresa e seus clientes, em questões de títulos de créditos, entrega de mercadorias e em relações comerciais.

Maria Bernadete Miranda (2009) complementa que a mediação empresarial contribui para a reorganização da empresa, atuando nas relações entre o poder hierárquico e subordinados, entre empregados, entre sócios, na resolução da sociedade por morte de sócio e na exclusão de sócio.

O foco da mediação empresarial é recuperar a comunicação perdida a fim de se preservar a relação entre os mediandos, comumente objetivado neste meio.

Fernanda Tartuce (2008) certifica que cada vez mais empresários têm buscado na mediação a solução de seus conflitos frente a ineficácia do Estado, pois potencializa suas operações.

Segundo Jean François Six (2001, p. 106):

Uma empresa manifesta sua inteligência quando se recusa a ser, em muitos casos, o único interlocutor de seus clientes, aquele que detém, o poder e o saber. Não se trata aqui de prestar atenção somente às necessidades dos clientes [...], mas considerar os clientes parceiros, a ponto de aceitar ir além de apenas uma interação com eles [...] e admitir a presença catalisante de um terceiro, o qual poderá sustentar o diálogo em balança equilibrada.

O mediador é buscado para atuar nos casos em que a controvérsia se instala entre duas ou mais pessoas jurídicas, a fim de se reestabelecer a inter-relação comercial entre elas.

Utiliza-se a mediação, também, para salvaguardar a relação entre os sócios quando começar a aparecer indícios de desentendimentos. Dessa forma, tal procedimento atua, inicialmente, na prevenção de litígios. (CAHALI, 2012)

Braga Neto (2009) propõe a mediação intraorganizacional, ou seja, um meio alternativo para dirimir os conflitos originados da organização interna da própria empresa que podem ser decorrentes das relações profissionais ou mesmo de relações de afinidades pessoais.

A técnica da mediação pode proporcionar que a empresa alcance com plenitude suas finalidades: “a satisfação de seus consumidores, a administração de seus conflitos nos negócios e a melhoria do funcionamento orgânico da própria instituição, aprimorando a comunicação entre seus componentes”. (TARTUCE, 2008, p. 290)

É possível observar que a mediação empresarial busca evitar possível demanda judicial oriunda de seus funcionários, consumidores ou sócios.

Ana Lúcia Pereira (2008), em entrevista à Revista Resultado, declara que a principal vantagem da mediação é a celeridade nos resultados das contendas, principalmente no tocante às micro e pequenas empresas, cujas decisões internas são tomadas de maneira veloz. Atribui como outro benefício o fato de poupar forças com as disputas que se alongariam ainda mais no poder judiciário.

A mediação de conflito no âmbito empresarial é extremamente eficaz, pois Braga Neto (2009, p. 137) ela

Permite criar sistemas próprios e internos que possibilitem a seus integrantes passar a encarar o conflito de maneira natural, com vistas à sua resolução ou transformação dentro de parâmetros mais pacíficos e equilibrados. Prioriza o reconhecimento dos papéis que cada participante deverá desempenhar na organização. E privilegia o diálogo cooperativo, não somente entre os envolvidos, mas também entre eles e a própria organização.

Como benefícios da mediação está a redução de gastos diretos e indiretos decorrentes das contendas, a melhoria da comunicação e o crescimento interno da própria empresa.

André Luiz Santa Cruz Ramos (2014) destacou a inovação trazida pela Lei Complementar nº 123/2006, cuja previsão do artigo 75 estabelece que as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser estimuladas a usar a mediação, conciliação e arbitragem para resolver suas contendas. Para que isso seja possível, o art. 75-A prevê

parcerias entre entidades públicas, privadas e poder judiciário propiciando a instauração de ambientes adequados para a realização desses mecanismos.

Carlos Eduardo de Vasconcelos (2008) ressalta que de maneira geral, as partes que integram o litígio são facilmente identificadas, contudo em determinadas situações, como na falência, os envolvidos não estão claros. Neste caso, o mediador pode mediar sobre quem ou quantos irão participar da mediação.

Já depois de composto o litígio empresarial, a mediação exerce a pacificação social, auxiliando as partes a encontrarem a melhor solução que atenda aos seus desejos, afastando a incidência do poder judiciário para um meio menos oneroso e que demanda menos tempo.

Dessa forma, no momento da mediação acontece efetivos diálogos entre os mediandos, em que ambas as partes expõem suas posições e condições conduzidas pelo mediador, o que evita as discussões frustradas que demandam muitas horas desgastantes e, muitas vezes, inúteis.

O contrato firmado entre os conflitantes geralmente é consensual, tendo com suficiente apenas a espontaneidade de ambos, ou seja, a forma de contratação é livre, nos termos do artigo 107 do Código Civil.

Braga Neto (2009) a define como contrato de prestação de serviços, em que os envolvidos, de maneira consensual, elegem um mediador que irá intermediar para que as partes tenham uma boa conversa.

Gomm Neto (2009) defende a conveniência de inserir nos contratos e estatutos sociais a cláusula arbitral e de mediação, ou também chamada de cláusula “med-arb, que tem por intenção estipular aos contratantes que se submetam primeiramente à mediação e não conseguindo a resolução do caso, será levado para a arbitragem.

Como exemplo de vantagem da criação da cláusula “med-arb”, Gomm Neto (2009) cita a empresa familiar, que visa preservar a família e as relações sociais é preciso instrumentos realmente eficazes para dirimir os conflitos existentes ou mesmo preveni-los e a mediação encaixa perfeitamente nessa necessidade. Neste caso o procedimento judicial não é recomendado porque, além da morosidade incidente no Judiciário, ele atenua o litígio e prejudica a relação dos litigantes, interferindo diretamente na saúde da empresa.

No evento organizado pela Fiesp e assinado pela FecomércioSP em 2014 para o lançamento do “Pacto de Mediação” sugeriu-se a inclusão da mediação nos contratos como instrumento de resolução de conflitos entre clientes e consumidores. Nele empresas conversaram sobre suas experiências de empregar a mediação no lugar do processo judicial.

O processo da mediação, por ser informal, flexível, com razoável duração e ser regido pela própria vontade das partes, apresenta-se como mais vantajoso nesses casos.

O mediador conduz às partes a refletirem sobre a relação que tinham no passado e no presente, visando o futuro, independente se for para dar continuidade na relação outrora constituída ou para colocar um fim mais tranquilo entre elas. É importante que todas as questões subjetivas sejam identificadas e também resolvidas pelo processo.

Deslinda Tartuce (2008) que nas empresas familiares é mais comum encontrar elementos subjetivos, onde comumente se misturam questões familiares às negociais.

Um dos motivos que gera disputa entre as empresas é o descumprimento de cláusulas contratuais. É conveniente lembrar que a celebração do contrato é feita com base na situação econômica da época da assinatura. Por fatos alheios à vontade, como a instabilidade da economia, pode ocasionar o inadimplemento. Nesses casos a mediação se emprega como efetivo meio no estabelecimento de nova relação e novo contrato. (BRAGA NETO, 2009)

Assegura Márcia Terezinha Gomes Amaral (2008) que os mecanismos alternativos de solução de contendas oportuniza às empresas um meio mais célere e eficaz, diminuindo e até mesmo evitando o desgaste que sofreriam com a demanda, e ainda satisfazer os interesses dos envolvidos e salvaguardar a relação futura.

Regina Maria Coelho Michelin (2008) acrescenta que o conflito mal solucionado ocasiona não apenas desperdício de tempo, mas atinge a moral de toda a empresa e atinge o trabalho em grupo. Para evitar isso, é preciso resolvê-lo por meios adequados e a mediação pode ser um deles.

Além disso, a duração da mediação no meio corporativo não tende a seguir a média das cinco reuniões, mas ainda assim será mais rápido que a do processo judicial ou a da arbitragem. Ela perdurará por tempo negociável entre os conflitantes.

As resoluções dos desentendimentos internos demandam muito tempo em reuniões improdutivas, sem contar que a decisão final é tomada pelo dirigente da empresa por ser hierarquicamente superior. Com a incidência da mediação o tempo e o desgaste seriam muito menores e além disso os próprios envolvidos chegariam à solução.

6 CONCLUSÃO

Frente ao gradativo volume de demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário, este não consegue solucioná-las de maneira rápida e eficaz, o que prejudica não apenas o

acesso à justiça, quanto à própria qualidade das decisões judiciais. À vista disso, foi preciso buscar meios alternativos que resolvessem esses problemas, dos quais se destaca a mediação.

A mediação tem tomado grandes proporções e destaque, já que ela não tem como único objetivo dirimir os conflitos, mas reestabelecer a comunicação que outrora os envolvidos mantinham. Seus efeitos são realmente eficazes, tanto que pode ser iniciada extrajudicialmente ou em qualquer fase do processo judicial, uma vez que a resolução da contenda não se esgota com a atividade dos magistrados.

O mediador, que deve ser um terceiro e imparcial, é responsável por conduzir os mediados nas sessões e auxiliá-los no diálogo para que alcancem uma alternativa ao problema em que estão passando. Trata-se de atuação diferente daquela realizada pelos magistrados, já que o mediador não soluciona verdadeiramente o conflito.

O uso dos meios alternativos e consensuais de conflitos deve ser incentivado, especialmente nos desentendimentos que envolve relação de afeto, como nos casos de empresa familiar, para que o abalo emocional e o desgaste financeiro sejam o menor possível.

O incentivo a esses mecanismos veio tardiamente pela legislação. Muito embora a mediação seja técnica antiga e usada pelos juizados especiais e varas trabalhistas, apenas recentemente ela foi regulamentada. A Resolução nº. 125 do CNJ trouxe diretrizes acerca da política judiciária nacional de tratamento adequado às contendas, ao entender, sabiamente, que o acesso à justiça é papel do Poder Judiciário e já que ele mesmo não está conquistando êxito em suas decisões, caberia a ele garantir e instigar outros meios de dar fim à desavença. O que a Resolução propôs foi a conciliação e a mediação.

Ainda assim, o maior marco que a mediação sofreu foi a previsão expressa no novo Código de Processo Civil, dando direcionamento acerca de sua aplicabilidade ao longo de todo o processo judicial e estabelecendo, inclusive, uma audiência para tentar mediar as partes.

Conclui-se que o uso da mediação para solucionar contendas empresariais se dá, sobretudo, pela restituição do vínculo entre as partes anterior ao conflito, seja ele oriundo de relações societárias, consumeristas ou trabalhistas, haja vista as diversas vantagens para ambos os lados, como um fim mais célere e menos oneroso, tanto financeira quanto emocionalmente. Para que tudo isso seja possível é aconselhável incluir nos contratos uma cláusula prevendo que, no caso de desentendimento, os envolvidos irão se submeter primeiramente à mediação.

Por fim, pode-se concluir que a mediação vem a contribuir no ordenamento jurídico atuando na solução de conflitos, manifestando-se como instrumento a obstar a deficiência administração dos desentendimentos, meio de acesso à justiça e de pacificação social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. **Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas**. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos: novos paradigmas de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 93-102.

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. Brasília: Uniceub, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp048205.pdf>>. Acesso em: 19 de agosto de 2015.

AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial**. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para ao Desenvolvimento, 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira**. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos: novos paradigmas de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 85-91

BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação de conflitos no contexto empresarial**. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos: novos paradigmas de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 131-145.

BRAGA NETO, Adolfo. SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 de abril de 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 de abril de 2015.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 16 de agosto de 2015.

_____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 18 de agosto de 2015.

_____. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional da Justiça. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses

no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

BRITO, Gilton Batista. **O acesso à justiça, a teoria da mediação e a Resolução 125/2010 do CNJ**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13542>. Acesso em: 17 de abril 2015.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de família**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2005.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DUQUE, Bruna Lyra. **A mediação no ambiente corporativo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 53, maio 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2780>. Acesso: em 23 de abril de 2015.

GOMM NETO, Henrique. **Conflitos societários e empresariais: a conveniência da adoção da cláusula de mediação e arbitragem (“med-arb”)**. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos: novos paradigmas de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 131-145.

MICHAELIS. Moderno dicionário da língua portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=media%E7%E3o>>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

MICHELON, Regina Maria Coelho. **O terceiro facilitador nas empresas - mediação de conflitos**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4235>. Acesso em 19 de agosto de 2015.

MIRANDA, Maria Bernadete. **O instituto da mediação no meio ambiente dos conflitos empresariais**. Disponível em <<http://www.unaerp.br/index.php/documentos/1079-o-instituto-da-mediacao-no-meio-ambiente-dos-conflitos-empresariais/file>>. Acesso em: 23 de agosto de 2015.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. **Mediação judicial no projeto do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010)**. In: WALD, Arnoldo. **Revista de Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, volume 33, Abril-Junho, 2012.

MUNIZ, Tânia Lobo. **A ética na mediação**. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos: novos paradigmas de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 103-117.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PALMISCIANO, Ana Luísa S. Correia de Melo. 2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp022098.pdf>>. Acesso em: 22 de abril de 2015

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13542)

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

REVISTA RESULTADO. Revista de mediação e arbitragem empresarial. Ano IV. N. 25. Jun/jul/ago, 2008. Disponível em: http://www.federasul.com.br/arquivos/docs_artigos/Revista%20Resultado.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2015.

RIO DE JANEIRO. Decreto Estadual nº 35.686, de 14 de junho de 2004. Dispoe sobre a organização do sistema estadual de defesa do consumidor - SEDC. Disponível em: <<http://www.informanet.com.br/Prodinfo/boletim/2004/rj/dec35686-27-2004.htm>>. Acesso em: 24 de abril de 2015.

SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional**. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos: novos paradigmas de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 49-83.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2008.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. **Mediação como um meio alternativo de tratamento de conflitos prevista no novo CPC e na Resolução 125 CNJ**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10863&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 18 de abril de 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo, Método: 2008.

WAQUED, Tamna. Disponível em: <<http://www.fecomercio.com.br/NoticiaArtigo/Artigo/11976>>. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação social**. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (coords.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005.

MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO E OS IMPACTOS NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS INTERNACIONAIS

João Carlos Leal Júnior³⁴
Tania Lobo Muniz³⁵

INTRODUÇÃO

O princípio sobre o qual se assenta o reconhecimento e a busca pela proteção dos direitos humanos é “*la garantía de la dignidad del ser humano a través de ciertos derechos mínimos que les son reconocidos a los individuos en su sola condición de seres humanos*” (ROJAS, 2008, p.41). Com isso, “*la idea original de los derechos individuales se fortalece y pasa a constituir una categoría especial de derechos subjetivos, con protección no sólo nacional, sino que internacional*” (ROJAS, 2008, p.41). Nesta senda, sabe-se que inúmeros documentos internacionais foram criados tendo por meta a proteção desses direitos mínimos a fim de salvaguardar e efetivar a dignidade inerente aos seres humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, é o exemplo mais característico do que se afirma. Em seu artigo X, consagrou como direito humano o princípio do acesso à justiça, ao dispor que “*toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres [...]*” [grifo nosso].

Complementando a ideia, o artigo VIII consigna que, ademais, toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Vislumram-se neste espaço, então, direitos humanos impositivos que trouxeram os contornos do acesso à justiça, ou acesso à ordem jurídica justa, incorporado como direito fundamental na Constituição brasileira de 1988. Do ponto de vista do direito internacional, o sistema de codificação dos direitos e o estabelecimento dos mecanismos de controle buscam

³⁴ Professor da FACCREI/PR e Assessor Jurídico do Ministério Público do Paraná na 8ª Promotoria de Justiça da Comarca de Londrina/PR. Mestre em Direito Negocial pela UEL/PR, com área de concentração em Processo Civil. Bacharel em Direito pela UEL/PR. E-mail: joaocarloslealjunior@hotmail.com.

³⁵ Professora da graduação e do programa de mestrado em Direito Negocial da UEL/PR e coordenadora da especialização em Direito do Estado da UEL/PR. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito pela PUC/SP. E-mail: lobomuniz@gmail.com.

consagrar uma ordem pública global centrada na ideia de direitos humanos para garanti-los na realidade de cada país. Assim, *“la preocupación por la situación de los individuos pasa a ser un tema de interés para toda la comunidad internacional y escapa de los límites de la soberanía de los Estados”* (ROJAS, 2008).

O acesso à justiça, então, é tido como direito humano e fundamental, na medida em que é garantido por documentos internacionais dos quais o Estado brasileiro é signatário, assim como pela Constituição de 1988, razão pela qual, esforços devem ser feitos para que seja efetivado, deixando de constituir mero texto normativo.

Entretanto, a morosidade do Poder Judiciário brasileiro se coloca como fator impeditivo da efetivação do acesso à ordem jurídica justa. Sem embargo da inovadora previsão do direito à razoável duração do processo e das frequentes reformas processuais em vistas à sua implementação, o que se tem no cenário brasileiro contemporâneo é uma infinidade de processos judiciais, especialmente de natureza civil, para serem julgados por juízes e tribunais insuficientes à demanda existente.

Não bastasse a perpetuação da injustiça, o que tem levado, juntamente com outros fatores, a um estado de crise da instituição, a presença da morosidade em demasia como nota característica do Poder Judiciário brasileiro extrapola as relações processuais e repercute em outros campos, como na economia e nos negócios internacionais. O quadro vivenciado pelo Judiciário brasileiro acaba por ser levado em consideração nos negócios jurídicos estabelecidos entre empresas estrangeiras com agentes econômicos brasileiros, haja vista que controvérsia que porventura surja neste âmbito pode vir a ser levada à apreciação da Justiça brasileira – ressalvada, é claro, disposição legal ou contratual que exclua sua competência.

Em um momento em que a política externa brasileira tem se mostrado fortemente voltada à integração e à inserção do país no mercado global, a morosidade do Judiciário deve ser, também por este motivo, eficazmente combatida, de sorte que a busca de soluções para essa mazela passe a integrar a agenda das discussões políticas do Estado brasileiro.

Diante disso, este trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, pretende trazer considerações sobre os reflexos que a morosidade processual gera nos negócios internacionais, chamando a atenção acerca do problema sob ponto de vista diverso do usual, a fim de demonstrar que a demora na resposta estatal é problema cujas proporções são muito maiores do que a insatisfação populacional pode fazer sugerir.

1 O ESTADO BRASILEIRO E O ATUAL PANORAMA DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS INTERNACIONAIS

As relações negociais internacionais entre Estados não se consubstanciam em fenômeno novo. Ao contrário, constituem algo que acompanha o homem em sua trajetória social. Da mesma forma que fatores conduzem os indivíduos a viver em sociedade, a se agrupar, há elementos – alguns de mesma motivação, outros de natureza diversa – que levam ao contato e ao diálogo entre os macroagrupamentos que constituem os Estados nacionais.

Como narra Gambaro (2000), a existência de trocas constantes (tanto de mercadorias como de cultura) entre habitantes de diversos lugares da Terra data da Antiguidade: os fenícios, já em 900 a.C., realizavam trocas e compra e venda com vários países e povos do Mediterrâneo, chegando a fundar um grande número de cidades em virtude das práticas comerciais; os romanos, por sua vez, notabilizaram-se por suas relações para com distintos povos, em razão de seu vasto império estendido por toda a Europa Ocidental, além de outros territórios. Enfim, a experiência denota que os Estados há muito vêm se relacionando, “ora em maior, ora em menor grau, mas sempre buscando a aproximação” (GAMBARO, 2000).

O Estado brasileiro tem sua história toda permeada por relações com outros países, o que não foi olvidado pela Constituição de 1988. O diploma que inaugurou o atual Estado Democrático de Direito destinou espaço de destaque às relações internacionais, em razão de se tratar de fenômeno essencial à permanência e desenvolvimento nacional. Assim, apresenta o art. 4º/CF os princípios que devem iluminar a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais, tais como a prevalência dos direitos humanos (inc. II), a defesa da paz (inc. VI) e a *cooperação entre os povos para o progresso da humanidade* (inc. IX).

O parágrafo único do aludido dispositivo avança, apontando como importante diretriz para o país a busca de “integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Não se pode negar que o diploma constitucional, em verdade, deu atenção a uma situação que, como dito, já acompanha o Estado desde o seu surgimento e que vem se incrementando mais a cada dia, especialmente com o fim da 2ª Guerra Mundial, momento em que começou a tomar contornos mais claros o fenômeno da Globalização. Desde então, o processo globalizante vem acompanhando os Estados, que se encontram a cada dia mais integrados, especialmente no que concerne às economias e mercados.

A interligação econômica vivenciada resulta de um contexto mundial que conduziu a uma interdependência dos capitais globais. Carlos Maria Gambaro (2000) explica:

O modelo neoliberal da livre concorrência havia encontrado seus limites na cooperação empresarial, uma vez que, em virtude da magnitude das empresas concorrentes, ou então, diante da impossibilidade de concorrência entre várias empresas de pequeno porte, ou entre estas e uma gigante, tal liberdade competitiva se apresentava desvantajosa ou até impraticável. Além disso, vários setores da economia já estavam interligados. Através da cartelização as ordens e estratégias de desenvolvimento de uma empresa eram transmitidas às demais através das diversas e intrincadas redes de contratos de cooperação e atuação conjunta das quais elas faziam parte.

No mundo globalizado atual³⁶, as relações econômicas internacionais atingiram seu auge. O comércio internacional é, por conseguinte, mais uma maneira pela qual se vislumbra o fenômeno de interligação das economias. Com isso, ganha força o processo de integração entre Estados, que, dentre inúmeros escopos que possui, um dos principais é a facilitação das relações negociais econômicas.

No que concerne ao Brasil, sabe-se que o Estado integra o MERCOSUL, a ALADI, a UNASUL e consta da proposta de criação da ALCA, o que denota a valorização e a marcante presença do Estado no contexto das relações internacionais. A política externa brasileira, de longa data, vem valorizando o processo integracionista – especialmente de âmbito regional –, a partir da aceitação consciente da interdependência em que se colocam as economias na contemporaneidade. Vem crescendo gradualmente, neste sentido, a presença do Brasil na discussão de temas da agenda global, como a proteção do meio ambiente, o respeito e a promoção dos direitos humanos, a crise financeira global e a concretização e continuidade da paz, dentro e entre Estados nacionais.

Privilegia-se a abertura econômica e a liberalização comercial, no quadro de “processos de reconversão e de adaptação aos desafios da globalização. A diplomacia passa a apresentar múltiplas facetas, que não exclusivamente a de tipo bilateral ou aquelas de ordem

³⁶ Fala-se mesmo na existência de uma “sociedade internacional”, que, na lição de Alarcón (2006), “em projeção teórica, [...] está conformada pelo relacionamento entre sociedades nacionais, cada uma delas organizada politicamente e à procura de seus objetivos primários. Sendo assim, as metas que orientam a sociedade internacional são as mesmas que orientam as sociedades particularmente definidas, ou seja, a proteção da vida dos seres humanos; a regulação dos conflitos, territoriais ou de qualquer outro sentido, a partir do diálogo e a cooperação e, finalmente, a regulação do cumprimento dos tratados e acordos internacionais que expressam os relacionamentos. A configuração da sociedade internacional supõe, então, a criação de uma ordem, uma pauta geral de comportamento de seus protagonistas. Descortinar juridicamente as relações internacionais consiste em abrir o cenário para detectar o cumprimento dessa ordem que acoberta na prática a todos os seres humanos e que, como toda ordem, encontra seu fundamento em valores embutidos na consciência coletiva de seus atores. Isto é perfeitamente compreensível se levamos em conta que, desde sempre, a luta da humanidade constituída como sociedade internacional consiste em garantir sua própria segurança, preservando valores universais, dentre eles, talvez sejam os mais significativos, a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos, a democracia e o respeito à lei”.

estritamente profissional corporativa: são elas a regional, a multilateral (principalmente no âmbito da OMC) e a presidencial” (ALMEIDA, 2001, p.7).

Sob esse prisma, a importância das relações internacionais de cunho negocial, especialmente no que se refere ao comércio internacional (importações e exportações³⁷ tendo como parte empresas brasileiras), é indubitável³⁸, uma vez que se trata de fenômeno de grandes proporções e cujas vantagens para o Estado brasileiro são inquestionáveis. O que se afirma pode ser eluciado pelo fato de o incremento do comércio exterior na última década ter trazido consigo impactos favoráveis no crescimento econômico (SARQUIS, 2011). Esse, por sua vez, é vital para economias em desenvolvimento, principalmente considerando-se que traz implicações tais como aumento da empregabilidade e a consequente melhor distribuição de renda, contribuindo, portanto, para o processo de emancipação social e desenvolvimento humano, fins visados pela Constituição da República, por estarem umbilicalmente relacionados com a busca da realização universal da dignidade da pessoa humana.

Diante deste quadro, conclui-se ser importante a manutenção da política externa brasileira voltada à inserção, cada vez maior, do país no mercado global, incentivando o comércio exterior e promovendo o desenvolvimento e incremento das relações negociais internacionais.

2 MOROSIDADE E CRISE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Em decorrência de fatores de ordens diversificadas, o Poder Judiciário brasileiro, instituição do Estado responsável pela resolução de conflitos de interesse por meio da prestação jurisdicional, vivencia, de há muito, crise de proporções dramáticas³⁹. Anacronismo e inoperância, em razão especialmente de legislação desatualizada, falta de recursos humanos e excessivo formalismo, têm levado a um descrédito generalizado desta instituição, que,

³⁷ Segundo Sarquis (2011, p.140), tanto as exportações como as importações contribuem, conquanto de diferentes modos, com o processo de desenvolvimento econômico nacional: “se a expansão das importações permite maiores investimentos e ganhos de produtividade, a intensificação das exportações induz novos investimentos que levam a maior capacitação e inserção internacional da economia”.

³⁸ O estabelecimento de uma economia e comércio internacional, livre e universalmente uniforme, “que possibilite a troca de riquezas entre os Estados, sirva de instrumento de busca da dignidade, da paz e da justiça social e proporcione igualdade econômica” é meta praticamente universal, notadamente diante do sublinhado contexto globalizado (MUNIZ, 1999. p.147).

³⁹ Consoante a lição de Cláudia Maria Barbosa, este estado de crise não é específico do Brasil, “e tem raízes externas ao próprio Poder Judiciário, uma vez que é sobretudo consequência da mudança do papel do Estado a partir da segunda metade do século passado” (BARBOSA, 2006, p.13).

A autora explica, ainda, que essa crise pode ser compreendida em três dimensões: i) de identidade; ii) de desempenho; e iii) de imagem. (BARBOSA; ALVES, 2008).

contraditoriamente, é oficialmente responsável pela garantia e realização dos direitos, quando violados, ou mesmo ameaçados, dos indivíduos.

Em seus estudos, Maria Tereza Sadek (2004) explica que “a constância nas críticas à justiça estatal é um denominador absolutamente comum quando se examina textos especializados, crônicas e mesmo debates parlamentares, ao longo dos quatro últimos séculos”. Afirma, outrossim, que:

Esse traço [...] não é singular ao Brasil, ainda que [...] possua características próprias. Em praticamente todos os países têm sido reiterados os argumentos mostrando deficiências na prestação jurisdicional. Tais argumentos não particularizam nem mesmo os países mais pobres e/ou sem longa tradição democrática (SADEK, 2004).

Nas últimas décadas, as dimensões dessa crise ganharam maior amplitude, especialmente por conta de maiores reclamos da população, a cada dia mais insatisfeita com a instituição em pauta: “tem diminuído consideravelmente o grau de tolerância com a baixa eficiência do sistema judicial e, simultaneamente, aumentado a corrosão no prestígio do Judiciário” (SADEK, 2004).

Seguindo o recorte metodológico proposto para esta pesquisa, foca-se aqui unicamente no problema da morosidade da prestação jurisdicional, situação essa que ofende o direito fundamental à razoável duração do processo⁴⁰.

A demora presente na atividade judiciária não deriva só de condutas (ações e omissões) do Poder Público e seus representantes, mas também da forma de atuação dos litigantes e seus advogados. A prevalência de verdadeira “cultura de adversariedade”, em oposição a um caráter cooperativo das partes para com o Estado-juiz, constitui também um dos grandes fatores responsáveis pela morosidade, já que desprivilegia a busca de mecanismos alternativos de solução de conflito (o que, por si só, levaria à diminuição do número de processos judiciais) e promove a interposição exacerbada de recursos e incidentes processuais, especialmente de cunho puramente procrastinatório. Ou seja, partes e advogados acabam por atuar no processo como em “estado de beligerância”, ficando o Estado refém dessa situação que em muito contribui para o abarrotamento de serviço no Poder Judiciário.

Como é cediço, na prestação jurisdicional, o tempo de espera por uma decisão definitiva gera elevado custo para os envolvidos, porque privados dos bens ou direitos *sub judice* “durante todos os anos que precedem o efetivo cumprimento da decisão transitada em

⁴⁰ Art. 5º, LXXVIII, CF: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

julgado. Nesse caso, as partes arcam com o custo de oportunidade decorrente da privação dos bens e direitos disputados em Juízo” (PUGLIESE; SALAMA, 2008, p.20).

De acordo com magistrados entrevistados em estudo empírico realizado, a morosidade é reconhecida como a principal deficiência do Poder Judiciário (PINHEIRO, 2003, p.43). Nessa mesma vereda, em pesquisa realizada com o departamento jurídico de empresas que atuam em setores diversos, o Judiciário dos Estados recebeu baixíssimas notas de 47% dos entrevistados no que concerne ao quesito *agilidade*, tanto em relação ao 1º quanto ao 2º grau (JUSTIÇA..., 2011, p.45-46).

Dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça mostram a insuficiência do Poder Judiciário frente à quantidade de processos existentes, o que acaba por concorrer para o cenário de morosidade: no ano de 2010, ingressaram na Justiça Estadual 17,7 milhões de processos. O grupo dos maiores tribunais formado por São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul responde por 62% dos casos novos. “No 2º grupo composto por onze tribunais de médio porte ingressaram 28% dos processos da Justiça Comum ao passo que no 3º grupo, com doze tribunais, iniciaram apenas 10% do total de casos novos no período [...]” (CONSELHO..., 2011, p.36).

Durante o ano de 2010, tramitaram em torno de 61,8 milhões de processos na primeira instância, “dos quais 46,3 milhões (75%) já estavam pendentes de baixa desde o início do ano, e 15,5 (25%) ingressaram naquele ano [...]”(CONSELHO..., 2011, p.55). Ou seja, 75% dos processos tramitando em 2010 *na primeira instância* (a grande maioria) eram feitos que vinham do ano anterior. Após serem julgados no juízo *a quo*, a parte sucumbente ainda poderá interpor recurso de apelação ao Tribunal (no que concerne à Justiça Comum); eventualmente, embargos infringentes, recurso especial ao STJ e recurso extraordinário ao STF; além de inúmeros embargos de declaração e agravos, o que pode levar a um resultado (muitas vezes dependente, ainda, de fase executória) efetivo após uma década (ou mais) do ajuizamento da ação.

Essa demora exorbitante, tão comum no Brasil mesmo em situações em que a urgência impera, sofre críticas por todos os segmentos da sociedade. O Judiciário, como instituição básica do Estado constitucional, essencial na garantia da realização de uma ordem jurídica *justa*, tem a missão de atender aos consumidores de seu serviço com presteza, sob pena de permitir a perpetuação de injustiças.

A demora na definição judicial dos conflitos postos a exame ocasiona insegurança jurídica, mas não somente para os envolvidos. Extrapolando a relação processual, a ciência

deste cenário vigente no Estado brasileiro acaba por repercutir também no mercado e nas relações negociais internacionais, como se demonstrará a seguir.

3 REFLEXOS DA MOROSIDADE JUDICIÁRIA NOS NEGÓCIOS INTERNACIONAIS

O sintomático quadro de morosidade processual presente no território brasileiro é algo consabido mesmo fora do país. A demora na Justiça, então, “atinge não somente as partes interessadas e envolvidas na demanda proposta” (BARBOSA; ALVES, 2008, p.6153), mas gera, também, reflexos em âmbitos diversos, dentre os quais destaca-se a Economia.

Conforme indicam Zylbersztajn e Sztajn (2005, p.3), o Direito influencia e é influenciado pela Economia e as organizações influenciam, assim como são influenciadas pelo ambiente institucional.

É verdade que tanto Direito quanto Economia exercem papel primordial na formação de instituições e organizações. Todavia, é importante ressaltar que estas, por sua vez, influenciam a transformação do sistema jurídico e a consecução de resultados econômicos. As instituições, por seus efeitos sobre os custos de troca e produção, afetam decisivamente a performance econômica e, juntamente com a tecnologia empregada, elas, as instituições, determinam os custos de transação e transformação que formam os custos totais da atividade econômica em determinado ambiente [...] (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p.3).

Essa percepção de que o mau funcionamento do Poder Judiciário impacta sobre o desempenho da economia é relativamente recente e reflete o crescente interesse do papel das instituições como determinante do desenvolvimento econômico (FARIA, 2007).

É indiscutível que a dinâmica do mundo empresarial não comporta a demora corrente, retirando, com isso, do Poder Judiciário a legitimidade que se espera enquanto pacificador social por excelência (RODRIGUES, 2009). Segundo Adorno e Pasinato (2007):

No domínio da justiça cível, não são poucos os problemas. As corporações empresariais reclamam que o tempo da intervenção judicial não acompanha o ritmo dos negócios imposto pelo mercado. Problemas decorrentes de morosidade judicial têm sido igualmente apontados em disputas fiscais, indenizações e cobranças de toda sorte. Não sem razão, vimos assistindo, cada vez mais na sociedade, à disseminação de sentimentos coletivos segundo os quais, se a justiça tarda, as leis não são aplicadas.

Consoante Ana Maria Jara Botton Faria (2007) bem pontua, a morosidade na solução dos litígios é fator de inibição de investimentos na economia e a demora na prestação da tutela jurisdicional acarreta vários impactos no setor, sendo um dos resultados o arrefecimento da atividade econômica, que requer segurança jurídica para atuar. Logo, se no momento atual fala-se em aquecimento da economia, é indiscutível que, se fosse corrigida a sobeja demora na duração processual, alcançar-se-ia maior desenvolvimento econômico.

Os investidores somente irão realizar investimento de longo prazo, em especial os altamente especializados, quando e se estiverem seguros de que os contratos que garantem suas atividades serão corretamente implementados; não adianta o instrumento contratual conter regras acerca da forma de pagamento, das penalidades aplicáveis, a detalhada especificação de que o pagamento também inclui a remuneração do capital; torna-se necessário que o judiciário seja eficiente, independente, ágil, permitindo o devido respeito e cumprimento do contrato firmado [...] (FARIA, 2007).

Um judiciário eficiente, que solucione os conflitos em prazo razoável, nos moldes traçados na Constituição, é essencial para que firmas e indivíduos sintam-se seguros ao fazer investimentos específicos, sejam eles físicos ou em capital humano. A qualidade do serviço judiciário gera impacto sobre o investimento, especialmente quanto mais especializada for a natureza desse. “De forma geral, os agentes privados só farão investimentos altamente especializados se estiverem seguros de que os contratos que garantem suas atividades serão corretamente implementados” (FARIA, 2007). Não basta, portanto, que o direito material atenda às expectativas dos cidadãos se o sistema de solução de controvérsias, naquele Estado, é moroso – e, por conseguinte, ineficiente. A ciência de que eventual descumprimento contratual, por exemplo, demorará a ser solucionado – ainda que se saiba de antemão que será julgado em seu favor, pela simples análise do direito objetivo – ocasiona insegurança para a parte, levando essa a cercar-se de mais garantias, ou, até mesmo, a não celebrar o mesmo negócio.

Segundo estudos realizados, “as deficiências do sistema judiciário no Brasil - caracterizado por lentidão nas decisões referentes à execução judicial das garantias e alto custo das cobranças judiciais - apresentam peso considerável na elevação dos riscos e dos *spreads* nos empréstimos bancários” (MORAIS, 2006). Assim, a morosidade provoca um custo adicional no crédito: 20% da composição do *spread* bancário decorre da lentidão processual, segundo dados do Banco Central do Brasil (SILVA; PINTO, 2012). Barbosa e Alves (2008, p. 6154) explicam:

Sem garantia de que poderá receber o que emprestou de modo ágil e sem burocracia, visando [a] ressarcir-se de eventuais inadimplências, as instituições financeiras acrescentam uma elevada taxa ao débito, conhecida como spread. Na prática, o spread atua como uma espécie de “imposto invisível” a ser suportado por todos contra a insegurança contratual, onerando ainda mais o consumidor.

Indica Faria (2007) que a fraca performance do Judiciário na maior parte dos países em desenvolvimento prejudica o desempenho econômico de várias maneiras: reduz a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização; dificulta a exploração de economias de escala; desencoraja investimentos e a utilização do capital disponível; distorce o sistema de preços ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios; e diminui a qualidade da política econômica. Tem-se, assim, que sem a garantia desta segurança jurídica, muitas transações econômicas ficam “mais caras, raras ou mesmo inexistentes”.

Em um cenário de “transnacionalização da Economia”⁴¹, com o comércio internacional sendo responsável por grande parte das transações negociais existentes no país, o impacto econômico da morosidade judicial reflete, naturalmente, nas relações negociais internacionais, interferindo, de forma prejudicial, neste campo.

No Relatório nº 32789-BR (BANCO, 2004, p.22), publicado em 2004, o Banco Mundial apresentou resultados de ampla pesquisa realizada sobre o desempenho do Judiciário no Brasil. Dentre as conclusões extraídas do estudo, tem-se que uma das consequências da demora processual é a elevação do Custo Brasil⁴², o que constitui elemento inibidor de investimento externo no país. A morosidade mina a “confiabilidade dos contratos, elevando o custo do crédito e desestimulando futuros empréstimos” (BANCO, 2004, p.24).

Com lastro nessas premissas, é razoável a conclusão de Barbosa e Alves (2008, p.6155) de que o descrédito no Judiciário brasileiro causado pela morosidade processual gera receio nos investidores internacionais, “tendo em vista a alta margem de risco no que tange à

⁴¹ Como explica Fábio Konder Comparato (1996), a “progressiva universalização da economia, na segunda metade do século XX, multiplicou os grupos societários multinacionais, formados por uma sociedade controladora e suas controladas, bem como deu ensejo, mais recentemente, ao surgimento da organização reticular de empresas no mercado internacional”.

Este fenômeno de internacionalização empresarial “tem sido uma tendência recorrente em distintas partes do globo, sem uma trajetória predefinida, que é advinda da formação de fluxos de exportação e de investimento externo no exterior por meio de redes de licenciamento e de empresas subsidiárias, de alianças estratégicas no exterior ou por processos de fusão e aquisição. Em uma perspectiva histórica a atuação internacional das empresas transnacionais não se constitui em novidade nas relações econômicas internacionais, pois enquanto no passado atuavam de forma mais coordenada com os projetos de seus respectivos governos nacionais, estabelecendo uma maior relação de dependência entre ambos, hoje apenas se acelera uma lógica de negociação corporativa mais independente” (SENHORAS, 2010).

⁴² Refere-se, *grosso modo*, ao plexo de óbices estruturais, burocráticos e econômicos que levam ao encarecimento do investimento no país.

restituição dos valores investidos, fomentada pela ineficácia do Judiciário e originada na lentidão dos julgamentos”.

Em outro relatório do Banco Mundial (DAKOLIAS, 1999, p.24), publicado em 1999, foi constatado, à época, que metade das empresas de um contingente entrevistado concordou que a ineficiência do judiciário afeta a economia, e dois terços relataram que prejudica *diretamente os seus próprios negócios*. Considerando a globalização econômica e as implicações dela derivadas⁴³, a lentidão da Justiça é prejudicial às relações negociais internacionais de cunho econômico. Consequência disso, ademais, é a formação de prejuízo ao desenvolvimento nacional, já que “é cada vez mais amplo o consenso sobre o vínculo entre justiça e desenvolvimento econômico” (PINHEIRO, 2000, p.14).

Os problemas que afetam o judiciário na maior parte dos países em desenvolvimento, *traduzindo-se em justiça morosa* e por vezes parcial ou imprevisível, prejudicam o desempenho econômico desses países de diferentes maneiras [grifo nosso].

Por outro lado, um país com judiciário rápido, eficiente e bem estruturado colabora com o desenvolvimento econômico ao proteger eficazmente e de maneira tempestiva a propriedade intelectual, atraindo, com isso, investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) e facilitando a importação de tecnologia (PINHEIRO, 2000). Como consequência, acredita-se que a eliminação da insegurança causada por decisões judiciais morosas proporcionaria elevação do Produto Interno Bruto (PIB) e aumento da taxa de crescimento econômico (LEAL, 2010).

Enfim, diante dos dados e argumentos trazidos à colação, são claramente perceptíveis os reflexos da morosidade do Judiciário brasileiro nas relações negociais internacionais de natureza econômica⁴⁴. Os negócios internacionais acabam por sofrer impacto da demora

⁴³ No campo econômico, a globalização ocasiona “novas formas de configuração de poder decorrentes do aumento do intercâmbio comercial em mercados inter cruzados e da internacionalização do sistema financeiro; a universalização e acirramento da concorrência em escala planetária; o avanço da mercantilização da propriedade intelectual e do patrimônio genético constitutivo da biodiversidade; a concentração do poder empresarial e a subsequente [sic] consolidação de um sistema de corporações mundiais cujas redes formais e informais de negócios tendem a enfraquecer progressivamente o poder dos Estados; a mobilidade quase ilimitada alcançada pela circulação dos capitais e o crescente peso da riqueza financeira na riqueza total”. Nada obstante, no plano institucional, acarreta “crescente internacionalização das decisões econômicas [...] e, por tabela, a relativização da importância das fronteiras territoriais, uma vez que as atividades sociais, comerciais e financeiras passam a depender de pessoas, coisas e ações dispersas pelos cinco continentes” (FARIA, 2010).

⁴⁴ E nesse particular, sublinha a doutrina: “A morosidade judiciária não atinge somente aos envolvidos nas demandas privadas mas, outrossim, macula a imagem interna e externa do país”, constituindo óbice para o seu

processual, que não se limita, portanto, a gerar prejuízos às partes que submetem seu conflito de interesse à apreciação daquela instituição. Além de elevação do spread bancário e aumento do Risco Brasil – situações causadas pela morosidade do judiciário –, a certeza da demora na aplicação do direito eventualmente violado constitui contexto desinteressante para empresas que pretendam se instalar no Brasil.

O quadro apresentado, destarte, acaba por prejudicar o desenvolvimento econômico brasileiro, o que constitui mais um fundamento para a imperiosa necessidade de tomada de atitudes efetivas pelo Poder Público a fim de alterar esse paradigma de morosidade processual no Poder Judiciário brasileiro.

CONCLUSÃO

Não são novos os debates acerca da morosidade existente no Poder Judiciário brasileiro e da necessidade de alteração desta situação para que se alcance real eficácia no provimento jurisdicional buscado. A insegurança e a incerteza geradas pela elevada demora para o desfecho processual não interessa à sociedade, tampouco a algum dos litigantes, exceto àqueles que buscam tão somente a protelação – exatamente por a seu interesse falecer justo motivo.

A lentidão no trâmite processual causa desprestígio ao Judiciário e macula o fundamento existencial da tutela pretendida, porquanto sua duração desarrazoada, ocasionalmente, tem o condão de permitir o fenecimento do bem da vida pleiteado. Essa situação afronta o direito fundamental à razoável duração do processo e o direito humano de acesso à justiça, o que impõe a necessidade premente de tomada de medidas pelo Poder Público voltadas à alteração deste quadro.

Não bastasse isso, o cenário crítico do Judiciário brasileiro, permeado por morosidade na prestação da tutela jurisdicional, causa prejuízos em outros âmbitos, ocasionando insegurança jurídica e exigindo maior cautela no mercado e nas relações negociais internacionais.

No atual estágio avançado de globalização econômica na sociedade internacional, com a política externa brasileira dirigida à integração, especialmente regional, e ao fomento de transações econômicas internacionais, o panorama institucional do Poder Judiciário deve ser

modificado, de forma a se alcançar tempestividade na atuação jurisdicional, reduzindo-se, com isso, os custos de transação ocasionados pela ciência da demora.

O fim desta arraigada lentidão processual acabará impactando favoravelmente no Custo Brasil, atraindo, por conseguinte, investimentos externos no país, especialmente em pesquisa e desenvolvimento; colaborará na diminuição do *spread* bancário e diminuirá, em decorrência disso, os custos de transação derivados da atual morosidade do Poder Judiciário. A almejada conjuntura contribuirá, enfim, no desenvolvimento econômico do país, mais um fator de importância na atração de empresas estrangeiras e investidores externos.

Desta feita, diante das colocações trazidas, ostenta-se necessário chamar a atenção do Poder Público para este outro prisma, a fim de que emerja a consciência da real dimensão da questão da morosidade judicial no território brasileiro, de sorte que medidas eficazes sejam tomadas na busca de alterar, de forma positiva, o panorama vigente.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça. *Tempo Social: Revista de sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, p.131-155, nov. 2007.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. constituição, relações internacionais e prevalência dos direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 57, out. 2006.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. Relações Internacionais e política externa do Brasil: uma perspectiva histórica. *Meridiano 47*, Brasília, n.10-12, abr./jun. 2001.

BANCO Mundial. **Fazendo com que a Justiça conte**: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil. [S. l.]: Banco Mundial, 2004.

BARBOSA, Claudia Maria. O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2006, Fortaleza. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006.

_____; ALVES, Carolina Fátima de Souza. Projudi: instrumento de combate à morosidade judiciária e de estímulo à transparência das decisões do Poder Judiciário. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.732, out. 1996.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2011.

DAKOLIAS, Maria. **Court performance around the world**: a comparative perspective. Washington: World Bank, 1999.

FARIA, Ana Maria Jara Botton. Judiciário e economia: equalização desejada e necessária. **Revista direitos fundamentais e democracia**, Curitiba, v.2, n.2, jun./dez. 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd>>. Acesso em: 01 mar. 2012.

FARIA, José Eduardo. A globalização econômica e sua arquitetura jurídica. **Revista Academia Judicial**, Florianópolis, dez. 2010.

GAMBARO, Carlos Maria. Globalização das economias: análise do pensamento de Guy Sorman. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.33, out. 2000.

JUSTIÇA E ECONOMIA. *Etc*, São Paulo, ano 8, n.18, jan. 2011.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010.

MORAIS, José Mauro de. Empresas de pequeno porte e as condições de acesso ao crédito: falhas de mercado, inadequações legais e condicionantes macroeconômicos. **Texto para discussão**, Brasília, n.1189, jun. 2006.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 1999.

PINHEIRO, Armando Castelar (org.). **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000.

_____. Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados. **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, n. 966, jul. 2003.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista GV**, São Paulo, v.7, p.15-28, jan./jun. 2008.

RODRIGUES, Pedro Paulo Moreira. **A execução específica dos acordos de acionistas**. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima.

ROJAS, Claudio Nash. **La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica**: tendencias jurisprudenciales. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Doutorado em Direito) – Universidad de Chile, Santiago.

SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião pública**, Campinas, v.10, n.1, maio 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762004000100002>. Acesso em: 20 maio 2012.

SARQUIS, S. J. D. **Comércio Internacional e Crescimento Econômico no Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

SENHORAS, Elói Martins. A internacionalização empresarial e a paradiplomacia corporativa nas relações econômicas internacionais. **Boletim Meridiano 47**, Brasília, n.116, mar. 2010. Disponível em: <<http://seer.bce.unb.br/index.php/MED/article/view/444/269>>. Acesso em: 10 maio 2012.

SILVA, Lucio Melre da; PINTO, Paulo Roberto. **Judiciário e Certificação Digital**: Avanços e desafios. Disponível em: <http://www.iti.gov.br/twiki/pub/OLD/Main/PalesCart2006/6_Painel_5-Poder_Judiciario-Paulo_Pinto-STF.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2012.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

O PLURALISMO JURÍDICO E DIREITO NEGOCIAL EM CONFLITOS URBANOS NO SÉCULO XXI

Miguel Etinger de Araujo Junior ⁴⁵

INTRODUÇÃO

Não somos iguais. Pensamos e agimos diferente. No campo do convívio social contemporâneo, existem duas formas principais de se relacionar com o diferente.

Uma delas é a aceitar o fato de que as pessoas não pensam de forma igual umas às outras, e a partir daí procurar criar mecanismos de convivência sob bases ética, moral e jurídica que permitam ter respeito e respeitar aquele que tem alguma, pouca ou nenhuma semelhança.

Outra forma é acreditar que o outro "está errado" por não compartilhar seus valores, e a partir daí traçar estratégias para tentar convencê-lo a mudar seu comportamento.

Qual seria a correta? Ou melhor, deve haver uma posição correta?

Os dias atuais, ao final do ano de 2014, no Brasil, têm demonstrado que a intolerância com o diferente está longe de ser um problema menor a se preocupar, principalmente em época pós-eleição presidencial em que diversos setores da sociedade apresentaram argumentos altamente preconceituosos (e, portanto, perigosos). Esta patologia social não se apresenta somente em questões político-partidárias, mas também em questões raciais, de gênero, orientação sexual, religiosa, etc., o que demanda um olhar atento dos diversos setores da sociedade que não compactuam com este posicionamento, sobretudo o campo jurídico, a quem foi designada a tarefa de construir normas de convivência, cuja base deve ser a liberdade e respeito às diferenças.

Em relação ao segundo posicionamento mencionado acima (o de tentar convencer que o outro "está errado"), *a priori* não há qualquer inconveniente neste proceder. Ao contrário, faz parte do processo de evolução do ser humano, tanto individualmente, como coletivamente, admitir os erros e trilhar novos caminhos que entenda mais adequado.

No entanto, esta tentativa de convencimento se torna ilegítima, ilegal e imoral, quando se utiliza de mecanismos de força, ignorância (cultural e educacional), e, sobretudo, normas

⁴⁵ Docente do curso de Graduação em Direito e docente e coordenador do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL – Doutor em Direito da Cidade pela UERJ.

de Direito que reforcem a intolerância e mantenham privilégios de alguns segmentos da sociedade.

Nas relações jurídicas que são travadas diariamente por toda a população mundial, faz-se necessário um ordenamento jurídico que possibilite a emancipação dos diversos atores sociais, no sentido de poderem construir este ordenamento de forma conjunta (efetivamente), e sobretudo com respeito às mencionadas diferenças.

Esta questão toma dimensões muito maiores em um ambiente predominantemente urbano, com aproximadamente 85% da população brasileira residindo e trabalhando em ambientes urbanos, fazendo com que o convívio seja diário e intenso.

Um dos pontos positivos em se residir em um ambiente urbano é a possibilidade de convívio com os mais variados segmentos da sociedade, seja de ordem racial, cultural, econômico, etc. No Brasil, pela própria formação de seu povo, esta diferença pode se tornar uma riqueza a ser explorada, e não silenciada como por diversas vezes se presenciou em histórias remotas e recentes.

E são vários os problemas enfrentados neste ambiente urbano. A questão da moradia adequada, preservação ambiental, normas de vizinhança, atividades permitidas, industrialização, conselhos populares, dentre outros.

Vários são os problemas, e várias podem ser suas soluções, que serão influenciadas pelo modo de vida de cada local, suas histórias, seus valores.

Como resolver conflitos não deve ser uma atividade conflituosa, mas por vezes ela será, e passará a ser cada vez mais na razão inversa das condições de compreensão da sociedade e do papel de cada cidadão na construção de um ambiente equilibrado.

Não aceitar mecanismos de resolução de conflitos fora da ordem jurídica estatal positivada é importar para o Direito uma experiência negativa do planejamento urbano e do urbanismo. Sob o título "As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias", Ermínia Maricato (2000, p. 121/192) ressaltou (e criticou) o modelo de planejamento e legislação urbana no Brasil, que estaria descolado da realidade socioambiental das cidades brasileiras. O Direito seria somente aquele produzido pelo Estado? Este modelo vem dando certo ao atribuir ao Poder Judiciário o papel principal de resolver conflitos individuais e coletivos?

Não é, nem nunca foi!

O que existe é uma teoria monista hegemônica prevalente no mundo jurídico desde o final do Absolutismo, passando pela Idade Moderna e Idade Contemporânea (tomando-se por base e divisão histórica ocidental europeia), que sustenta esta relação obrigatória do Direito ao Estado, utilizando-se do Poder Judiciário e da força coercitiva institucional.

Note-se que, atendo-se ao mundo ocidental, na Roma antiga havia o *Ius publicum* (normas do Estado) e o *Ius privatum* (direito das fontes não estatais). Também na Idade Média, cada feudo tinha seu próprio sistema jurídico.

Da mesma forma, nas relações cotidianas da população brasileira de menor renda, o Código Civil é uma realidade distante das experiências diárias.

Tais fatos devem incentivar mecanismos que emancipem o indivíduo e permita-o encontrar seus próprios caminhos.

Afinal, como afirmava Paulo Freire, “ninguém liberta ninguém, ninguém se liberta sozinho, as pessoas se libertam em comunhão”.

A contribuição que este trabalho pretende dar é no sentido de apresentar mecanismos jurídicos adequados para as demandas da atualidade no contexto de urbanização crescente, radicalização dos preconceitos e massificação dos pensamentos. Mecanismos estes que valorizem o indivíduo e o meio em que vive. Permitir que as relações jurídicas que são travadas neste mundo plural possam, efetivamente, auxiliar no processo de construção de uma sociedade mais solidária.

1 URBANIZAÇÃO E PRODUÇÃO DA CIDADE

No ano de 2008, a população mundial passou de uma maioria rural para uma maioria urbana (ONU, 2008). No Brasil, diversos fatores, sobre os quais não se pretende aprofundar neste trabalho, têm conduzido à população ao seu estabelecimento em áreas urbanas. Dados recentes (IBGE, 2011) demonstram que aproximadamente 85% da população brasileira reside em centros urbanos.

Este é um fenômeno, portanto, atual e que deve ser objeto de atenção por parte da sociedade na presente e futuras gerações. Para que o convívio urbano possa ocorrer de forma adequada, faz-se necessário compreender como este processo ocorreu, e como o direito vem tentando atuar neste campo. É o que se pretende demonstrar nas linhas seguintes, com a concisão que a modalidade do trabalho exige.

1.1 Processo de urbanização mundial e brasileiro

É comum mencionar o surgimento das cidades por volta do ano 3.500 a. C., na localidade situada entre os rios Tigre e Eufrates. Por certo que a ideia de cidade daquela época

não pode ser comparado com os modelos atuais, ainda que se possam encontrar, ainda hoje, grupos humanos vivendo em condições bastante rústicas.

Analisar o processo evolutivo das cidades pressupõe a adoção de alguns parâmetros, dentre os quais irá se desenvolvendo a ideia da evolução.

É neste sentido que Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2002, p. 10) sugere

[...] associar a origem das cidades em decorrência das grandes mudanças da organização produtiva na medida em que referida organização transformou, ao longo da história, a vida cotidiana da pessoa humana, provocando, de maneira crescente, um grande salto no desenvolvimento demográfico.

Somente por volta de 3.500 a. C. é que se pode mencionar, segundo a doutrina (FIORILLO, 2002, p. 10; SILVA, p. 2006, p. 15-16), o surgimento das cidades, com o aparecimento de uma classe de especialistas, ou "elite", que impõe aos produtores de alimentos a produção de excedentes que lhes possibilite sua subsistência.

É importante destacar, neste sentido, a afirmação de Fiorillo (2002, p. 10), de que “a partir deste momento, a história da civilização dependerá da quantidade e da distribuição de referido excedente”.

Este é, portanto, o primeiro estágio de evolução das cidades a que se refere José Afonso da Silva (2006, p. 16), ao qual denomina “estágio pré-urbano”. Vale observar que a urbanização, aqui entendida como fenômeno de concentração da população em ambientes urbanos, é algo que só veio a se observar nas sociedades modernas.

O surgimento da sociedade pré-industrial é o segundo estágio de evolução das cidades a que se refere José Afonso da Silva (2006, p. 16). Segundo este autor, é neste momento que efetivamente surgem as cidades, cuja grande característica é a existência de elementos capazes de multiplicar a produção e facilitar as distribuições.

O terceiro estágio é resultado da chamada Revolução Industrial ocorrida na época da ascensão da burguesia no século XVII.

Opera-se um grande avanço no que se refere às técnicas de produção, com a utilização de novas matrizes energéticas, resultando num excedente de produção que passa a ser acessível a toda população e não só às classes dominantes, o que, segundo Leonardo Benévolo (1997, *apud* FIORILLO, 2002, p. 09), leva a população a “crescer sem obstáculos econômicos, até atingir ou ultrapassar os limites do equilíbrio ambiental”.

Nesse contexto, o capitalismo, como modelo econômico, passa a ditar as regras do desenvolvimento e crescimento das cidades. A aquisição de riquezas, aumento de produção, escoamento e tráfego de produtos, dentre outros fatores, passam a ser os aspectos

fundamentais nas intervenções da cidade, deixando de lado aspectos como qualidade do meio ambiente e relações sociais. Pode-se afirmar, neste sentido, que o Direito vem sendo o reflexo deste modelo de sociedade. De fato, as manifestações espontâneas da sociedade que contestavam este modelo têm sido reprimidas, pois "não se enquadravam" no quadro jurídico estatal. Em tempos atuais, é comum se observar decisões judiciais desqualificando tais manifestações, "por falta de previsão legal" (leia-se, "por falta de lei formal prevendo esta conduta"), principalmente nas ocupações urbanas pelo direito à moradia.

A Revolução Industrial, portanto, foi um marco, talvez o mais emblemático, neste processo de urbanização, uma vez que o aperfeiçoamento dos meios e técnicas de produção e também o aumento da produtividade geraram uma corrida da população aos centros urbanos que começavam a se formar, na busca de riqueza e bens materiais.

Uma outra visão da cidade é apresentada por Maria Alice Rezende de Carvalho (2002, p. 54), sustentando que há formas diferentes de cidades, além do modelo "industrial". O enfoque dado pela autora visualiza a cidade como "expressão do modo de inteligibilidade social da vida comum". A cidade moderna resulta de um consentimento individual e não da ordem normativa natural dos gregos. O Estado deve existir para o cidadão e o consenso é uma utilidade e não uma virtude. Ainda segundo a autora, a cidade é um local não apenas de interesses pessoais, mas um local que devido às interações entre os homens cria uma identidade social que permite discutir a questão política. Esse modelo de cidade, é mais "simpático" para a construção de um modelo de resolução de conflitos fora do Poder Judiciário, na medida em que reconhece e valoriza práticas sociais surgidas do convívio diário.

Este aspecto não pode ser esquecido quando do planejamento e gestão do espaço urbano, e uma maior capacidade de se relacionar com seus pares indica uma condicionante favorável para a melhoria da qualidade de vida.

Em relação ainda ao processo de urbanização em geral, entende-se que este processo foi feito de forma desordenada, sem um planejamento de ocupação do solo urbano (LEAL, 2003, p. 14).

Segundo José Afonso da Silva (2006, p. 21) a urbanização no Brasil se deu de forma prematura, nem sempre relacionada com o desenvolvimento, mas em função de um êxodo rural decorrente da vida precária no campo, e a ociosidade de mão de obra decorrente da mecanização da lavoura e da criação de gado que substituiu esta lavoura.

É neste sentido que a urbanização pode gerar diversos problemas nos centros urbanos, como falta de habitação, degradação do meio ambiente, higiene, saneamento básico etc.

O processo de urbanização brasileiro se baseia em dois grandes momentos: o primeiro se dá entre a década de 1930 e a de 1980. As maiores cidades do Brasil passam a substituir sua forma de subsistência, que estava ligada à agricultura, pelo desenvolvimento industrial, processado inicialmente em função da produção do café.

A segunda fase se inicia no final da década de 80, com a Assembleia Constituinte e a Constituição Federal de 1988 trazendo uma forma mais racional e democrática de pensar a ordenação da cidade.

Esta nova relação da sociedade para com o espaço urbano se vale do urbanismo para, conjuntamente com outros ramos do conhecimento, pensar e produzir um espaço urbano de qualidade.

Eros Roberto Grau (1994, p. 02) já alertava para o “divórcio entre o Direito e as Ciências Sociais”, expressão cunhada por Angelos Angelopoulos para salientar a crise entre um Direito que ficava sem modificações e um Estado que estava completamente transformado após a 2ª Guerra Mundial.

Encontrar a exata medida de contribuição de cada ramo do conhecimento para a resolução dos problemas atuais é o desafio a ser vencido, sobretudo quando se tem atualmente uma forte demanda pelo atendimento dos direitos difusos e coletivos, potencializada nos ambientes urbanos. O Direito, atualmente, vem contando com estudos especializados para atender a estas demandas urbanas, como é o caso do Direito Urbanísticos, cujos contornos se tratará adiante.

2 A PRODUÇÃO DO DIREITO NO ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DA SOCIEDADE

Uma das grandes contribuições que o Direito vem dando à humanidade é a consolidação de determinadas garantias individuais e coletivas, tornando-as normas cogentes, tanto no sentido de permitir a fruição destas garantias e impedir seu cerceamento pelo particular ou pelo poder público, como também no sentido de determinar um comportamento ativo deste mesmo poder público no sentido de efetivá-las.

Tradicionalmente a doutrina aponta a evolução destas garantias, ou direitos, classificando-as para efeito sistematizador em gerações ou dimensões. As classificações vão desde três a seis dimensões (ou gerações). Em regra, estariam estes direitos fundamentais relacionados às questões individuais (liberdade, vida, igualdade, etc.), sociais-culturais-econômicos (educação, saúde, moradia, etc.) e questões difusas ou coletivas

(desenvolvimento, paz, meio ambiente, etc.). Estas seriam as três gerações de direitos fundamentais, que estariam relacionados aos ideais da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade. Relação esta que, segundo Antônio Augusto Cançado Trindade (2000), foi apresentada pela primeira vez em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, pelo jurista tcheco Karel Vasak.

Em função do tema abordado no presente trabalho, vale ressaltar os chamados direitos fundamentais de quarta dimensão, que seriam consequência dos acontecimentos do Século XX. Com efeito, nas palavras de Ingo Sarlet, "os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano" (SARLET, 1994, p. 54).

Em um cenário urbano brasileiro (que pode ser estendido a outros locais) de fraca representatividade dos anseios de grande parte da população nos comandos emergentes dos poderes constituídos, salutar é a remissão aos direitos à informação, à democracia e ao pluralismo, como leciona Paulo Bonavides (2007, p. 571), exemplificando os direitos de quarta dimensão.

Essas são as reivindicações concretas de grande parte da população mundial. Para além de uma mera garantia formal que toma assento nos textos constitucionais, o desejo é de sua implementação substancial.

No campo do Direito Constitucional, tomando como exemplo o processo de evolução das Constituições latino americanas até os dias atuais, é possível perceber uma produção do Direito que não alcança grande parte da população, o que alguns casos vem gerando processos de mudança nos paradigmas constitucionais destes países.

Por certo que o Direito, ou uma Constituição não conseguirá atender as demandas de todos os segmentos da sociedade. Com efeito, a influência da política no processo constitucional não é somente notória, mas natural, tendo em vista que trata-se de verdadeiro pacto da sociedade em determinado tempo e lugar, pois como afirma Friedrich Müller "Direito constitucional é o direito do político" (2003, p. xi). E ainda que fosse possível alcançar todos estes interesses, as Constituições ainda deverão ser "colocadas em prática" pelos poderes institucionais do Estado e pela própria população.

O atendimento destas diversas demandas ficará ainda mais dificultado se nos textos constitucionais não houver previsão para o atendimento de demandas tradicionalmente excluídas do campo de atuação do poder público.

Até a configuração do cenário atual, em relação à organização dos Estados que reúnem uma maior ou menor diversidade de culturas, etnias, religiões, etc., a sociedade já

passou por diversos modelos, desde a completa ausência de organização de uma unidade territorial e governamental, passando pela época dos grandes Impérios e do feudalismo.

Um aspecto que sempre se fez presente nos arranjos institucionais, com menor um maior intensidade, foi a presença de diversidades conviventes em um mesmo território. Esta diversidade foi por vezes respeitada pelos governos, e por vezes foi silenciada em uma tentativa de manutenção do poder.

Em estudo sobre regimes políticos e tipos de organização territorial de poder, Márcia Miranda Soares (2012, p. 14) afirma que “a resposta autoritária consiste em manter a unidade política silenciando a expressão dos interesses territoriais, o que requer o controle dos instrumentos de coerção física”.

Alguns modelos de Estado foram sendo construídos ao longo dos anos, cada qual com seus objetivos específicos.

O federalismo norte americano buscou conformar as forças centrípetas, que almejavam um governo central forte com poderio militar contra ameaças externas, a solidificação de um mercado mais amplo, dentre outros motivos, que duelavam com as forças centrífugas, que pretendiam manter a posição de independência das ex-colônias que haviam conseguido sua independência. Tratava-se de um esquema de solução de controvérsias (BERCOVICI, 2004, p. 12).

No Brasil, também se procurou com o federalismo dirimir controvérsias entre estas forças políticas e sociais. No entanto, se nos Estados Unidos o movimento federalista procurava criar uma unidade com o Estado Nacional, de forma a acomodar as tendências separatistas das ex-colônias, no Brasil o que se procurava manter era a unidade nacional com a manutenção de privilégios das elites locais.

Note-se que no Brasil, bem como em toda a América Latina, as formas de Estado e de governo que se formaram até o século XX procuravam privilegiar um determinado segmento social, em detrimento de outros. A independência das colônias permitiu uma reorganização da ordem social e econômica, mantendo-se os privilégios de pequenos grupos, geralmente grandes proprietários de terra, pois como afirmam Fagundes e Wolkmer (2011, p. 377):

Poucas vezes, na história da região, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político reproduziram, rigorosamente, as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos urbanos.

E como afirmado acima, a diversidade e a pluralidade de uma Nação podem ser subjugadas por um modelo de Estado e de governo, mas ela não desaparece, e em algum momento e com variada força, estas vozes se fazem ouvir. Os recentes movimentos constitucionalistas latino-americanos dos últimos anos parecem reproduzir estas vozes.

As alterações constitucionais promovidas principalmente por Venezuela, Equador e Bolívia indicam a resposta a uma demanda formulada pelas classes sociais historicamente alijadas dos processos decisórios, “dentro de um contexto social de exigibilidade da concretização de políticas eficazes em torno de necessidades fundamentais” (MARTINEZ DALMAU; PASTOR, 2012, p. 13-28).

Trata-se de se apropriar de mecanismos utilizados pelas elites (!) que predominavam até então, mas desta vez com um real comprometimento no atendimento das demandas das populações historicamente marginalizadas política, social e economicamente. É o que Boaventura de Souza Santos (2010, p. 80) chama de “uso contrahegemônico de instrumentos hegemônicos”.

Alguns autores espanhóis citados por Fagundes e Wolkmer (2001, p. 381-384) sustentam a evolução do “neoconstitucionalismo”, presente na década de setenta que apresenta normas materiais e substantivas que condicionam a atuação do Estado, passando pelo “novo constitucionalismo” que apresenta uma preocupação jurídica e uma preocupação política com a legitimidade da soberania popular, chegando finalmente ao “novo constitucionalismo latino-americano”, que busca atender as demandas vitais das comunidades que não experimentaram o Estado social, indo além da construção de um modelo jurídico garantidor dos direitos sociais e da formulação de mecanismos de legitimação popular, sem negar estas conquistas.

No entanto, demonstra uma preocupação com as peculiaridades de cada sociedade, buscando atender efetivamente as demandas das camadas que foram marginalizadas, e que constituem a própria formação desta sociedade, bem como sua maior parcela.

E considerar estes diferentes modos de vida significa respeitar o modo de vivência e convivência destes grupos sociais.

Nas cidades, ou seja, no ambiente urbano, principalmente nas chamadas cidades médias (500 mil habitantes) e nas grandes cidades, há uma significativa diversidade de culturas e modos de vida, o que demanda por parte do Direito, a configuração de um microsistema jurídico que as tome como base e procure efetivamente atender as demandas que surgem desta diversidade. É o que o Direito Urbanístico procura construir, como se procurará demonstrar no próximo tópico.

2.1 Direito urbanístico como consequência da urbanização

Como fora mencionado em tópico anterior, a urbanização é um fenômeno atual, que tem levado as populações a residirem no meio ambiente urbano, com índices que chegam a 85%, como é o caso do Brasil. Este cenário exige a soma de esforços para a criação de um ambiente adequado para toda a população, e não será diferente para o ramo das ciências jurídicas.

No entanto, antes de construir a ideia de Direito Urbanístico, faz-se necessário analisar os interesses em jogo em uma cidade.

Sob o enfoque social e político, as cidades hoje em dia vêm assumindo papel relevante na construção da própria sociedade e da cidadania.

A cidade não é mais somente uma aglomeração de pessoas dotada de equipamentos públicos.

Com efeito, tem-se verificado uma grande influência dos interesses supranacionais em assuntos de ordem interna dos países. Esta ingerência enfraquece a própria soberania dos países que passam a se submeter a interesses alheios à sua própria população, limitando diversos campos de intervenções reguladoras destes países.

Vale ainda observar que nesta cidade, a ideia da propriedade, em especial a propriedade imóvel, passa a ter um valor relevante nas interações sociais, uma vez que era ela quem definia o *status* social do cidadão. A Revolução Francesa e o Código de Napoleão são o reflexo desta consagração do direito absoluto da propriedade.

E é nesse contexto que o capitalismo, como modelo econômico, passa a ditar as regras do desenvolvimento e crescimento das cidades. A aquisição de riquezas, aumento de produção, escoamento e tráfego de produtos, dentre outros fatores, passam a ser os aspectos fundamentais nas intervenções da cidade, deixando de lado aspectos como qualidade do meio ambiente e relações sociais.

O modelo econômico vigente, voltado para a liberdade de produção, eficiência e produtividade, sobrepuja valores sociais, gerando inúmeras formas de violência, conforme observa Rogério Gesta Leal (2003, p. 56-57)..

É neste cenário que o autor propõe uma:

determinada “teoria do espaço urbano”, para compreender o processo de formação das cidades e da lógica que anima suas funcionalidades e as relações políticas e sociais que os atores urbanos levam a efeito.

E complementa o autor (2003, p. 61):

A cidade e a cidadania, aqui, são tratadas como práticas, discursos e valores que constituem o modo como desigualdades e diferenças são figuradas no cenário público, como interesses se expressam e como conflitos se realizam.

Neste sentido, há então uma evolução no conceito de urbanismo, saindo do aspecto meramente técnico para o aspecto social, inclusive obrigando o Estado a promover a organização do espaço urbano visando o bem-estar coletivo.

O urbanismo já fora definido, tecnicamente, segundo Leopoldo Mazzaroli (*apud* MUKAI, 2002, p. 15), como

a ciência que se preocupa com a sistematização e desenvolvimento da cidade buscando determinar a melhor posição das ruas, dos edifícios e obras públicas, de habitação privada, de modo que a população possa gozar de uma situação sã, cômoda e estimada.

Esta era uma visão tecnicista que procurava analisar aspectos como alinhamento, pavimentações etc.

A segunda corrente, por influência da escola racionalista ou funcional, cujos maiores expoentes são Le Corbusier, Garnier Pieter Ond, Walter Gropius, e por influência também da escola sociológica ou organicista com Lewis Mumford, Le Play, Patrick Geddes, introduz

[...] regulamentos sanitários e serviços administrativos, mediante a utilização de instrumentos urbanísticos técnico-jurídicos, que permitiram realizar transformações no meio urbano, dando origem à legislação urbanística moderna. (SILVA, 2006, p. 24)

Este aspecto social significa que o arquiteto/urbanista não pode mais atuar sozinho de forma a solucionar os problemas do espaço urbano. Exige-se, portanto, estudos detalhados de diversos ramos de conhecimento como da economia, direito, biologia, ciências sociais, dentre outros.

Esta nova concepção é fruto de um movimento que gerou a Carta de Atenas (1933), oriundo do Congresso Internacional de Arquitetura Moderna (CIAM), em Atenas, Grécia, no ano de 1928.

O CIAM definiu que:

As três funções fundamentais para cuja realização deve velar o urbanismo são: 1º, habitar; 2º, trabalhar; 3º, recrear-se. Seus objetivos são: a) a ocupação do solo; b) a organização da circulação; c) a legislação. (CORBUSIER, 1973, p. 145-146)

Neste sentido, O planejamento é fundamental e condicionante para o sucesso das medidas que se pretende implementar.

Assim, Célson Ferrari (1991, p. 40) afirma que:

Em um sentido amplo, planejamento é um método de aplicação, contínuo e permanente, destinado a resolver, racionalmente, os problemas que afetam uma sociedade situada em determinado espaço, em determinada época, através de uma previsão ordenada capaz de antecipar suas ulteriores conseqüências.

Para José Afonso da Silva (SILVA, 2006, p. 94-96) o planejamento (urbanístico) é um processo de elaboração de normas jurídicas, e não simplesmente um conceito técnico, cuja realização fica ao sabor do governante do momento. Em que pese a afirmação do autor de que o “processo de planejamento urbanístico adquire sentido jurídico quando se traduz em planos urbanísticos”, o próprio jurista afirma que a aprovação de uma lei não se trata apenas de um ato que aprova estudos técnicos preliminares, e sim de uma consequência articulada resultante de uma série de procedimentos, motivo pelo qual “o plano passa a integrar o conteúdo da lei, formando, assim, com esta, uma unidade legislativa”.

Diversos artigos na Constituição afirmam esta judicialização do planejamento, como é o caso do Orçamento, previsto nos artigos 165 e seguintes da Constituição Federal de 1988, o artigo 21, IX, que estabelece a competência da União para “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”, o artigo 174, § 1º, que estabelece a lei como elemento definidor das diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, no que toca à atividade estatal de atuação no domínio econômico, o artigo 30, VIII, que delega aos Municípios a competência para elaboração de um planejamento para promoção do adequado ordenamento territorial, isto é, do uso do solo.

Em relação à política urbana, a ideia de planejamento está inserida no caput do artigo 182 da Constituição da República que dispõe sobre a política de desenvolvimento urbano.

Para Marcos Mauricio Toba (2004, p. 244) “planejar significa estabelecer objetivos, indicar diretrizes, estudar programas, escolher os meios mais adequados a uma realização e traçar a atuação do governo, consideradas as alternativas possíveis”.

A legislação que se seguiu à Constituição Federal de 1988 incorporou a ideia de planejamento, procurando afastar o imprevisto nas políticas públicas. Como exemplo, temos a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Responsabilidade Fiscal, e em matéria urbanística o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001.

O Estatuto da Cidade, lei que busca dar efetividade aos comandos dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana, segue a orientação constitucional ao prever em seu artigo 2º, inciso IV, o “planejamento do desenvolvimento das cidades” como uma das diretrizes gerais da política urbana”.

Além da ideia de planejamento, há de se ressaltar a imperiosa necessidade de efetiva participação da população, conforme determina o artigo 1º, parágrafo único⁴⁶, e artigo 29, XII⁴⁷, ambos da Constituição Federal de 1988 e artigo 40 e parágrafos⁴⁸ do Estatuto da Cidade.

Este planejamento, enquanto atividade que visa dar concretude à atuação material do poder público, deve ser entendida também como uma norma jurídica complementar e paralela às construções legais clássicas, como a Constituição, as Leis, os Decretos, etc. O planejamento (urbanístico) é um processo de elaboração de normas jurídicas, e não simplesmente um conceito técnico, cuja realização fica ao sabor do governante do momento. O papel do jurista na equipe de planejamento urbano torna-se fundamental a partir do momento em que o acesso à cidade passa a fazer parte dos direitos dos cidadãos.

Assim, o acelerado processo de crescimento da população urbana no Brasil, acompanhando a tendência mundial, impõe mais uma obrigação ao Estado (desde o Estado do Bem Estar Social, e independente de sua opção ideológica, novas demandas se apresentam ao poder público): a obrigação de promover um ambiente urbano adequado para toda a população, por meio, por exemplo, de um planejamento urbano eficiente.

É neste contexto que o Direito Urbanístico passa a tomar destaque no cenário brasileiro e mundial, sendo, portanto, um dos elementos estruturantes de um meio ambiente urbano adequado, cuja gestão possa se dar com a participação de todos os segmentos envolvidos.

⁴⁶ Art. 1º, parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁴⁷ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica [...] atendidos [...] os seguintes preceitos:

XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

Sobre a cooperação das associações representativas no planejamento municipal vide tese de doutoramento de CARNEIRO, 2001.

⁴⁸ Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 1º. o plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas.

§4º. no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo Municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Com efeito, esta participação popular foi e tem sido a grande sustentação do Direito Urbanístico. Aliás, o texto do artigo 182 da Constituição Federal de 1988, que se constitui no espírito deste ramo do Direito, é fruto de intensa movimentação popular, por meio do chamado Movimento pela Reforma Urbana, cuja atuação se mantém até hoje.

Mesmo antes da Constituição de 1988, a luta por uma legislação específica para atender a gestão urbano já fora tema de grandes movimentações populares. No ano de 1963 foi realizado o Seminário de Habitação e Reforma Urbana, conhecido como o "Seminário do Quitandinha", em referência ao hotel localizado na cidade de Petrópolis, no Estado do Rio de Janeiro, cujo documento final propunha a elaboração de uma legislação que atendesse aos princípios da Política Habitacional de Reforma Urbana.

Estas ideias não lograram êxito legislativo, em um contexto de ditadura política e legisladores de índole conservadora. Demoraria quase 40 anos para que uma lei federal fosse promulgada, trazendo consigo aquelas ideias discutidas. Trata-se do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001.

O Estatuto procura dar concretude aos princípios da Constituição Federal de 1988, cujo texto (do artigo 182) teve forte influência dos movimentos urbanos, conforme menciona José Roberto Bassul (2002):

No Brasil, a luta pela chamada "reforma urbana" nasceu do abismo que divide os espaços (às vezes contíguos!) reservados aos ricos e aos pobres em nossas cidades. Segundo Ermínia Maricato, o Movimento pela Reforma Urbana surgiu "de iniciativas de setores da igreja católica, como a CPT - Comissão Pastoral da Terra", que se dedicava à assessoria da luta dos trabalhadores no campo e passou, a partir de uma primeira reunião realizada no Rio de Janeiro, no final dos anos 1970, a promover encontros destinados a "auxiliar a construção de uma entidade que assessorasse os movimentos urbanos" (MARICATO, 1997, p. 309-325). As entidades e associações que se articularam desde então obtiveram, em meados de 2001, a aprovação de uma lei federal, o Estatuto da Cidade, capaz de municiar a reforma urbana em muitos de seus propósitos.

Essa intensa movimentação de diversos setores da sociedade brasileira, já levava à inserção do tema "direito urbanístico" no próprio texto da Constituição Federal de 1988, com a previsão de competência concorrente entre os entes da Federação para legislar sobre a temática (artigo 24, I) e um capítulo específico tratando do tema de política urbana (Capítulo II, artigos 182 e 183).

Uma das grandes conquistas, quiçá a mais importante, foi a definição dos contornos jurídicos da "função social da propriedade", materializada no art. 182, § 2º: "A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da

cidade expressas no plano diretor". Ainda que aquém das expectativas de parte do movimento pela reforma urbana, o texto pode ser considerado um grande avanço, que viria a se fortalecer com a promulgação do Estatuto da Cidade.

Note-se que trata-se de um processo de consolidação dos princípios fundamentais que orientaram e orientam esse movimento, atualmente chamado de Frente Nacional pela Reforma Urbana (FNRU), que são:

- *Direito à Cidade e à Cidadania*, entendido como uma nova lógica que universalize o acesso aos equipamentos e serviços urbanos, a condições de vida urbana digna e ao usufruto de um espaço culturalmente rico e diversificado e, sobretudo, em uma dimensão política de participação ampla dos habitantes das cidades na condução de seus destinos.

- *Gestão Democrática da Cidade*, entendida como forma de planejar, produzir, operar, e governar as cidades submetidas ao controle e participação social, destacando-se como prioritária a participação popular.

- *Função Social da Cidade e da Propriedade*, entendida como a prevalência do interesse comum sobre o direito individual de propriedade, o que implica o uso socialmente justo e ambientalmente equilibrado do espaço urbano. (GRAZIA: RODRIGUES, 2003)

São estes princípios, portanto, que formarão a base do Direito Urbanístico.

Ainda que para o presente estudo o tema da Gestão Democrática da Cidade esteja mais relacionada com as ideias aqui delineadas, faz-se necessário ressaltar o mencionado por Edésio Fernandes (2002a, p. 7-13) à propriedade urbana:

O direito de propriedade imobiliária urbana é assegurado desde que cumprida sua função social, que por sua vez é aquela determinada pela legislação urbanística, sobretudo no contexto municipal. Cabe especialmente ao governo municipal promover o controle do processo de desenvolvimento urbano, através da formulação de políticas de ordenamento territorial nas quais os interesses individuais dos proprietários de terras e construções urbanas necessariamente coexistam com outros interesses sociais, culturais e ambientais de outros grupos e da cidade como um todo.

Portanto, compreender o Direito Urbanístico no cenário atual e sua relação com os mecanismos alternativos de resolução de conflitos passa pela análise de todo este processo social, político econômico e jurídico que permeia este ramo do Direito. Em estudo sobre este tema, o mesmo Edésio Fernandes (2002b) delinea os pontos principais que devem ser levados em consideração para uma melhor compreensão do tema. São eles: 1) A transformação paradigmática do direito de propriedade desde uma visão patrimonialista e individual até uma concepção coletiva e social; 2) A questão da gestão urbana, e a

necessidade de adequação dos instrumentos institucionais, sociais e políticos para sua efetiva implementação de acordo com este novo paradigma do direito de propriedade, abordando sempre a questão da participação popular; 3) A existência da cidade ilegal e os mecanismos para sua inserção jurídica e social; 4) Autonomia do Direito Urbanístico.

No primeiro aspecto, em relação ao primeiro ponto, relacionado ao direito de propriedade, observa o autor que o estudo do direito de propriedade imobiliária deve ser retirado do âmbito exclusivamente individualista do Código Civil, passando para o âmbito social do Direito Urbanístico.

Nos dias de hoje, falar em direito de propriedade imobiliária urbana passa por uma identificação e submissão ao conceito de sua função social, que por sua vez vai ser definida pela legislação urbanística, em regra, municipal.

Esta função social já alcançou um alto grau de produção legislativa e teórica, mas ainda tem dificuldades em ser efetivamente implementada na prática, sobretudo pela forte reação do setor imobiliário, associado ao poder público, bem como pelo Poder Judiciário ainda inseguro (para ser otimista) quanto ao seu papel neste contexto.

Vale observar que já a Constituição de Weimar, em 1919, positivava a função social da propriedade ao dizer que **“a propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da comunidade”**.

No Brasil, o Código Civil de 2002 consagra esta nova realidade, ao dispor em seu artigo 1.228, § 1º que

o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

É neste contexto que Victor Carvalho Pinto (2005, p. 209) observa que “a propriedade deve ser vista hoje em dia como direito fundamental (art. 5º, XXII, CF/88) e como instituição econômica (art. 170, II, CF/88).

A não observância desta realidade, mantendo-se uma visão da propriedade como apenas uma mercadoria, ignorando questões socioambientais, geram as cidades altamente segmentadas, excludentes, violentas, que tem-se hoje em dia.

Neste sentido, o conteúdo econômico da propriedade imobiliária urbana não pode ser predeterminado única e exclusivamente pelas leis do mercado.

O segundo aspecto abordado no texto, indica a necessidade de uma maior participação dos elementos da sociedade na gestão urbana, de forma a se efetivar a gestão democrática das cidades, baseado neste contexto paradigmático da propriedade imobiliária urbana detectado acima.

Para tanto, deve-se construir mecanismos eficientes que, segundo o autor requer a integração da gestão político-institucional, político-social e político-administrativa.

A primeira indica a necessidade de uma estrutura federativa que reconheça a importância dos Municípios na questão urbanística, dotando-os de maior autonomia financeira, sobretudo.

Na segunda, a gestão político-social, aborda-se a questão da relação entre o Estado e a sociedade, e o necessário reconhecimento do primeiro em favor do segundo, de poderes efetivos de elaboração e condução de políticas públicas.

Está se falando do comando constitucional que prevê a coexistência das democracias representativa, direta e participativa. É neste aspecto em particular que a ideia de pluralismo jurídico lastreando os mecanismos alternativos de resolução de conflitos encontra uma de suas bases conceituais, como se demonstrará adiante.

Por fim, na gestão político-administrativa tem-se verificado o aparecimento de teorias e práticas de administração privada na Administração Pública, como mecanismo para dar uma maior eficiência ao atuar do Estado (parcerias público-privadas, concessões, operações interligadas).

O terceiro aspecto abordado no texto está relacionado à ocupação irregular de áreas urbanas, fruto do processo de segregação e exclusão já mencionado anteriormente. O Estatuto da Cidade traz alguns instrumentos que visam possibilitar a chamada regularização fundiária.

Com efeito, o legislador foi sensível à realidade urbana de uma cidade paralela à cidade legal, resultante, em parte, da falta de políticas habitacionais e ausência de opções suficientes e acessíveis oferecidas pelo mercado imobiliário, esta última, reflexo daquela visão patrimonialista e individual da propriedade imobiliária urbana.

A questão não se resume ao Brasil, tendo gerado diversos estudos e ações para reverter a pobreza, como a Campanha Global da ONU pela Boa Governança (www.unchs.org/govern) e a Campanha Global pela Segurança da Posse (www.unchs.org/tenure). Estas campanhas visam promover reformas jurídicas relacionadas ao tema de regularização fundiária com reconhecimento de direitos aos seus ocupantes

O quarto e último aspecto diz respeito à autonomia do Direito Urbanístico, que o Autor entende como consolidada.

É possível verificar a normatização jurídica atinente a três ramos do direito: direito administrativo, direito civil e direito ambiental.

Direito administrativo porque busca trazer elementos de intervenção do Estado no alcance do interesse público, em especial na forma de ocupação e uso do solo urbano.

Direito civil porque esta normatização vai interferir diretamente no direito de propriedade dos indivíduos que terão que adequá-las a uma função social para que sejam consideradas legítimas.

E direito ambiental tendo em vista que o objetivo maior é disciplinar de forma racional a ocupação do espaço urbano de modo que seja possível manter a qualidade do meio ambiente, verdadeiro pressuposto da dignidade da pessoa humana. Nesta dignidade está inserido o direito a um meio ambiente sadio, ecologicamente equilibrado.

Em estudo sobre o Estatuto da Cidade, Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 45-46) chama a atenção para o fato de que o surgimento das disciplinas contemporâneas apresentam semelhanças.

Este processo, segundo o autor, se dá em três etapas: infância, adolescência, idade adulta.

Num primeiro momento há uma recepção do Direito às novas realidades sociais que se apresentam, surgindo então alguma normatização, que o autor chama de “leis e regulamentos de ocasião”.

Na adolescência se dá o processo de construção de uma identidade teórica e normativa.

Na fase adulta se opera o

[...] desafio da consolidação, articulação e operação sistemática: os vários elementos adquiridos (conceitos, finalidades, instrumentos, competências) têm de ganhar nitidez e estabelecer relações entre si, para assim incidir na vida concreta. (SUNDFELD, 2003, p. 46)

O direito urbanístico surge efetivamente a partir do século XX, fruto do processo acelerado de urbanização que reclama uma atuação concreta do Poder Público.

Para o referido autor, a infância do direito urbanístico está entre as décadas de 30 e 70.

A partir da década de 70 o direito urbanístico entra na adolescência, conquistando sua identidade através de leis e regulamentos urbanísticos⁴⁹ e estudos sobre o caso.

⁴⁹ São exemplos desta fase: Lei nº 6.766/79 - Lei de Parcelamento do Solo Urbano; Decreto-lei federal nº 1.075/70 – sobre desapropriação e imissão provisória na posse em imóveis residenciais urbanos; Lei 6.602/78 – sobre os distritos industriais; Leis Complementares 14/73 e 20/74 – sobre regiões metropolitanas; Decreto-lei federal nº 1.413/75 e Lei nº 6.803/80 – sobre proteção ambiental e zoneamento urbano industrial

Seu grande momento foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que afirmou sua existência e fixou seus objetivos e instrumentos⁵⁰.

Com o advento do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, que o autor afirma ser o instrumento apto a dar fim à fase da adolescência do direito urbanístico, criou-se mecanismos para consolidá-lo, viabilizando sua operação sistemática.

Ruy de Jesus Marçal Carneiro (1998, p. 84-85), em obra anterior ao Estatuto da Cidade já apontava que em volta do direito administrativo já orbitavam institutos, fazendo a ressalva de ser ainda um campo de estudo em formação. Para o autor, direito urbanístico é “o instrumento que fornece os meios legais para que o Poder Público atue no domínio privado a fim de permitir que o bem-estar geral da sociedade possa ser ver instalado e preservado”⁵¹.

José Afonso da Silva (1995, p. 31), também ressaltando o processo de afirmação do direito urbanístico lhe apresenta dois aspectos fundamentais:

o Direito Urbanístico objetivo, que consiste no conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do poder público destinada a ordenar os espaços habitáveis, o que equivale dizer: conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade urbanística;
o Direito Urbanístico como ciência, que busca o conhecimento sistematizado daquelas normas e princípios reguladores da atividade urbanística.

Afirma ainda o referido autor que o Direito é uno e o que existe é autonomia didática ou autonomia científica de um ramo da ciência jurídica.

A autonomia, segundo o autor, se caracteriza sob dois aspectos: autonomia dogmática e autonomia estrutural. A primeira pressupõe princípios e conceitos próprios e a segunda se consubstancia na existência de institutos e figuras jurídicas diferentes das pertencentes a outros ramos do Direito e não utilizáveis por este.

A autonomia científica acima referida, conclui José Afonso da Silva (1995, p. 36) “será alcançada pela existência de normas específicas, razoavelmente desenvolvidas, que regulem condutas ou relações conexas ou vinculadas a um objeto específico, conferindo homogeneidade ao sistema normativo de que se trata”.

⁵⁰ BRASIL. Constituição Federal (1988).

Art. 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.

Art. 182 – A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes

⁵¹ Idem., p. 84

Para Toshio Mukai (2002, p. 24) o direito urbanístico é um “desenvolvimento técnico-especializado do direito administrativo”, não podendo ainda ser considerado um ramo autônomo da ciência do direito.

Também neste sentido se posiciona Rogério Gesta Leal (2003, p. 145-146) ao afirmar que o direito urbanístico “não se liberta da dependência do Direito Administrativo”, pois se socorre de seus institutos e princípios.

O objeto do direito urbanístico seria então

[...] o interesse da boa organização, ou seja, da melhor organização do território. Não uma organização meramente administrativa, mas calcada em princípios e orientações democráticas e que visem ao atendimento do bem-estar da sociedade como um todo. (LEAL, 2003, p. 116)

Edésio Fernandes (2002b), por seu turno, entende que o Direito Urbanístico já alcançou sua autonomia acadêmica e público-institucional, pois apresenta objeto, princípios, institutos e leis próprias.

No que se refere ao objeto, *"o Direito Urbanístico visa a promover o controle jurídico do desenvolvimento urbano, isto é, dos vários processos de uso, ocupação, parcelamento e gestão do solo nas cidades"*.

Destacam-se alguns dos diversos princípios específicos como:

- a) a separação do direito de construir do direito de propriedade, que está na base do instituto do solo criado e da transferência do direito de construir;
- b) da justa distribuição dos benefícios e do ônus da urbanização, por exemplo, através da utilização extra-fiscal da tributação;
- c) o da afetação das mais valias ao custo da urbanização, de tal forma que o poder público possa recuperar, e reverter em prol da comunidade, a valorização imobiliária que decorre do investimento público para as propriedades privadas. (2002b)

Em relação aos institutos típicos, podem ser citados, dentre outros: os planos (plano diretor, plano de ação, etc.); o parcelamento do solo urbano (arruamento, loteamento); o zoneamento (incluindo os índices Urbanísticos como taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, etc.).

E finalmente, tem um conjunto de leis próprias, desde o Capítulo constitucional específico sobre política urbana, passando pela importantíssima lei federal específica sobre o tema, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), além de diversas leis estaduais e municipais.

Ultrapassadas estas questões de ordem teórica, qual seria a contribuição do Direito Urbanístico na questão do respeito aos mecanismos alternativos de solução de conflitos?

A contribuição mais significativa está relacionada ao fato do Direito Urbanístico tomar como base, ou premissas para a construção de um microssistema jurídico voltado à regulamentação do espaço urbano, a própria ideia de função social da cidade e o reconhecimento da diversidade como ponto de partida para qualquer deliberação de ordem pública. O que inarredavelmente exige a adoção do princípio da gestão democrática da cidade. Ora, se a cidade é o local das diferenças, elas devem não somente serem respeitadas, mas, sobretudo, participarem efetivamente da gestão desta cidade.

3 PLURALISMO JURÍDICO

Observadas algumas premissas fundamentais no que concerne ao processo de construção e gestão das cidades, cuja base repousa em efetiva participação de todos os segmentos da sociedade, será sobre essas ideias que o tema do pluralismo jurídico será analisado. Isto se deve ao fato de que, como ressaltado diversas vezes neste trabalho, as cidades (médias e grandes, principalmente) são os locais das diferenças, são os locais onde é possível encontrar uma heterogeneidade sob os aspectos culturais, econômicos, sociais e ideológicos.

E será neste cenário, portanto, que as diferenças poderão levar a conflitos, que demandarão uma solução que as respeite, e não se limite a apontar a vontade da maioria (ou de um grupo dominante) como sendo a única para assuntos tão diversos.

No que se refere especificamente ao pluralismo jurídico, ressalta-se desde logo que esta não é uma prática recente. Como observa Antônio Carlos Wolkmer (2001, p. 183-185), há uma "rica e longa trajetória histórica de práticas autônomas de elaboração legal comunitária." Durante o Império Romano, destaca Wolkmer, o direito dos povos conquistados não era completamente suplantado pelo Direito Romano. Em diversos momentos houve a flexibilização do *ius gentium* naquelas localidades, ou então a aplicação do sistema normativo alienígena na resolução de seus conflitos. Em remissão a Eugen Ehrlich (1986, p. 333-336 *apud* WOLKMER, 2001, p. 184), afirma que havia uma distinção "entre duas fontes jurídicas romanas: o *ius privatum* ou *jus civile*, expressão do costume e da convicção popular, permanentemente reafirmado pelos juristas, e o *jus publicum*, que não é exatamente o Direito estatal, mas o Direito estabelecido pelo Estado". Também na Idade Média havia uma grande variedade de sistemas normativos jurídicos: costumes reais, estatutos das corporações de ofício, Direito Canônico, etc.

Procurando-se ater ao aspecto jurídico do pluralismo, sem descrédito às outras abordagens (WOLKMER, 2001, p. 171-183), pode-se partir da premissa de que existem formas não estatais de formulação de normas jurídicas, pois apesar de toda a importância atual do Estado, ele "é apenas um dos inúmeros grupos sociais constitutivos das sociedades globais modernas[...], parece ingênuo reduzir conceitualmente o direito como fato social, tão-só ao fato social estatal" (SOUTO, 1998, p. 28).

Esta pode ser um base comum para todos os entendimentos do que seja pluralismo jurídico: não admitir o Estado como único produtor do Direito.

Ainda segundo Ehrlich, o processo de formação do Direito passa pela sociedade, sem precisar de uma "chancela" do poder estatal para que permaneça válido.

Vale frisar que o pluralismo jurídico foi e continua sendo objeto de estudos e debates, como pode ser percebido na lista de pensadores sobre o tema, em passagem da obra de Wolkmer (2001, p. 197-198):

Neste rol constituído por ecléticos, funcionalistas, neomarxistas, pragmáticos e outras matrizes teóricas, destacam-se: Henry Lévy-Bruhl (seguidor de Gurvitch e defensor da pluralidade de direitos estatais e não-estatais), Jean Carbonnier (a pluralidade não está na oposição/concorrência entre normas de direito verdadeiro - ligada ao Estado - e os fenômenos infrajurídicos, mas nas formas diversas de entendimento e aplicação de uma única ou mesma norma), Jacques Vanderliden (o pluralismo legal está na aplicação de mecanismos jurídicos diferentes a situações idênticas), Jean-Guy Belley (o pluralismo jurídico não só envolve a interdependência de manifestações estatais e não-estatais, como, sobretudo, incide na dinâmica centralização/descentralização da regulação jurídica das sociedades globais), Boaventura de Sousa Santos (o pluralismos jurídico denota a vigência oficial, ou não, no mesmo espaço geopolítico, de mais de uma ordem jurídica, relacionada à conformação específica de conflitos de classes), Masaji Chiba (práticas de pluralismo jurídico não-ocidental relacionadas aos conflitos entre "Direito oficial" e "Direito não-oficial).

E também de críticas caminha o pluralismo jurídico, como sintetizou Alex Ferreira Magalhães (2013b, p. 138-145), citando Eliane Junqueira, José Augusto Rodrigues, Marcelo Neves e Luciano Oliveira. Tais autores entendem que as teorias do pluralismo jurídico não seriam adequadas à realidade brasileira, sendo um referencial importado dos países centrais. No Brasil, o desafio seria o de *desprivatização* do Estado, fazendo-o atender às demandas sociais das camadas menos favorecidas, e ainda, levar algum caráter de juridicidade a este segmento da sociedade abandonado pelo poder público. Seria o preenchimento de lacunas deixadas pelo Estado e não uma luta por reconhecimento de práticas jurídicas como reação à excessiva presença do Estado de bem-estar social. Ademais, a construção teórica deste

pensamento estaria ligado não às efetivas demandas populares, mas um movimento da intelectualidade em direção ao povo, valorizando suas culturas.

Neste sentido, e já buscando ultrapassar a forma tradicional de produção do Direito, como salientado acima, a pluralidade jurídica, tem buscado afirmar que o Estado não é a única fonte de construção de normas jurídicas, devendo-se observar que a todo o momento são praticados atos com base em um direito que não é o ditado pelas Casas Legislativas. Em consonância com este direito formal (pois ir de encontro a ele pode constituir uma conduta ilegítima) há uma variedade de práticas jurídicas sendo praticada a todo o momento, sendo necessário reconhecer que a unidade de um sistema jurídico não significa ser uníssono, ou seja, só a lei pode “dizer” o direito.

A questão sobre o “direito das favelas”⁵², ou ainda os loteamentos informais, simbolizam muito bem esta afirmação, onde normas jurídicas são elaboradas fora do contexto estatal. Não se prega aqui o completo desprezo pelas normas de Direito estatais, mas a necessidade de se reconhecer outros mecanismos voltados a produzir normas de consenso e de convivência.

Note-se que no estudo do chamado "direito das favelas", Alex Ferreira Magalhães (2013a, p. 451) identifica que os movimentos centrípetas "de luta pela legalidade e não de ruptura com e construção de uma nova legalidade, se mostra apenas parcialmente verdadeira". Para o autor a "regulação" das favelas (ou o Direito das Favelas) se baseia nos pilares do Direito Estatal e do Direito da Comunidade, decorrendo daí "constelações de juridicidades elaboradas a partir de interações, combinações e articulações de princípios, regras e procedimentos oriundos desses dois campos" (MAGALHÃES, 2013a, p. 462).

Note-se que, citando John Griffiths, Antônio Carlos Wolkmer alerta para o fato de que algumas formulações pluralistas não conseguem romper com o centralismo jurídico positivista, argumentando ainda que

Especificando o conjunto dessas questões, assevera criticamente J. Griffiths, que se faz necessário distinguir duas modalidades de pluralismo legal: aquele permitido pelo próprio Estado e um outro realmente autêntico que consegue desgarrar-se de seu controle. Nesta perspectiva, não há como negar que, para conter e enfrentar o pluralismo jurídico, bem como resguardar a exclusividade do seu monopólio de produção normativa, o Estado recorre a dois expedientes: tenta eliminar totalmente práticas pluralistas (‘redução progressiva de competências de jurisdição não-estatais’) ou busca, com bastante freqüência, reconhecer ou incorporar publicamente determinadas manifestações

⁵² A expressão "direito das favelas" é uma referência à obra de Alex Ferreira Magalhães, onde o autor sustenta que nas favelas há uma interligação entre o direito da comunidade (ou o Direito de Pasárgada de Boaventura de Souza Santos) e o Direito Estatal. Vide: MAGALHÃES, 2013a.

provenientes das comunidades religiosas, grupos sociais, minorias étnicas etc. (WOLKMER, 2001, p. 201-202)

Neste sentido, Alex Ferreira Magalhães (2013a, p. 451) alerta para a necessidade de uma "constante vigilância epistemológica" voltada a ter como uma das diretrizes na análise do pluralismo jurídico:

Abandonar as abordagens evolucionistas a respeito dos sistemas jurídicos, nas quais o Direito das Favelas caminharia irrefreavelmente para sua absorção pelo Direito Estatal - numa má compreensão da "*normalização*" de que fala Luciano Oliveira (OLIVEIRA, 2003, *apud* MAGALHÃES, 2013a, p. 451) - enxergando-se não mais do que uma linha de convergência entre as distintas formas jurídicas, que parece buscar, no fundo, uma confirmação sociológica para o postulado político de monopólio estatal da produção jurídica.

Sob esta perspectiva, o Direito Urbanístico tem um grande desafio: criar condições de efetiva participação dos diferentes segmentos da sociedade na ocupação urbana, e ao mesmo tempo não delimitar totalmente o campo de atuação legítima destes segmentos. Pois se procurar regular toda a forma de relação dos indivíduos no ambiente urbano estará negando o próprio pluralismo jurídico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos temas expostos acima, é possível observar que há uma grande diversidade presente nas relações travadas pelos indivíduos ao redor do planeta. Esta diversidade nem sempre veio acompanhada de um mecanismos adequados de resolução de conflitos que reconheçam e respeitem as diferentes formas de pensar.

Há um relativo consenso no mundo ocidental contemporâneo acerca de valores que podem ser considerados universais, os chamados Direitos Humanos. No entanto, a forma de sua implementação, ou ainda, sua efetiva concretização, não alcança a homogeneidade mencionada no campo teórico, pois sob as mais variadas razões (econômicas, culturais, políticas, ambientais, etc.), têm se verificado um conturbado processo de implementação destes direitos.

Especificamente, em relação ao objeto de estudo deste trabalho, deve-se mencionar que a forma de convivência majoritária no mundo atual, que se dá no meio ambiente urbano, tem gerado diversas demandas da própria sociedade e do poder público na busca de um modelo adequado para comunidades marcadas pela diferença, tanto física, quanto psicológica.

Esta questão da urbanização da população mundial é um fenômeno que não parece dar indícios de se reverter, pelo menos em curto prazo (em que pese a constatação dos diversos problemas resultantes de uma urbanização desordenada). Questões como poluição, trânsito, violência, falta de moradia adequada, não tem sido capaz de inverter este processo de concentração de pessoas residindo nos centros urbanos.

Com este acelerado processo de urbanização, novas demandas se apresentam para serem resolvidas, demandas estas resultantes, em parte, da convivência de pessoas com as mais variadas características e valores. No campo do Direito esta é uma questão latente. Desde a questão dos contratos eletrônicos, passando pelo questão da localização de indústrias, e alcançando os mecanismos de participação popular no processo de construção e execução das normas de convivência, têm-se buscado, ao menos formalmente, modelos que possam atender estas novas demandas resultantes do processo de urbanização. E o Poder Judiciário, enquanto instância voltada a resolver os conflitos resultantes desta convivência, não tem sido capaz de atender adequadamente aos anseios da sociedade.

Neste sentido, o Direito Urbanístico tem procurado dar sua parcela de contribuição, na medida em que os próprios motivos que levam ao surgimento deste novo ramo do Direito (para parte da doutrina) dizem respeito à constatação de que modelos jurídicos anteriores não atendiam satisfatoriamente aos interesses de parte da sociedade que viam neste ambiente um local voltado para a valorização das relações comunitárias e do espaço coletivo como espaço adequado para uma maior integração da sociedade. Não vendo, portanto, a terra urbana somente como uma mercadoria voltada para obtenção de lucro para os setores empreendedores da sociedade contemporânea.

O Direito Urbanístico visa permitir, sobretudo, que as cidades sejam o local adequado para morar, trabalhar, deslocar e recrear. Estas são as funções sociais das cidades modernas, conforme doutrina apontada anteriormente.

Com base nesta fundamentação teórica e prática do Direito Urbanístico é que se propõe neste trabalho uma aproximação com o modelo teórico do pluralismo jurídico, que reconhece nos diversos atores da sociedade, nos espaços urbanos e rurais, a força jurídica de elaboração de normas de convívio que não sejam somente aquelas emanadas do Estado. O Direito não seria, portanto, somente estatal, mas paralelamente a ele, há o reconhecimento de práticas que refletem os valores de cada sociedade e que criam normas de convivência de acordo com esses valores, inclusive normas de resolução de conflitos.

Em alguns exemplos apresentados acima, desde a Idade Antiga até as favelas brasileiras atuais, é possível verificar mecanismos que são praticados pela sociedade e que

não tem uma previsão legal estatal. Seriam estes mecanismos considerados pura e simplesmente ilegais, por não se enquadrarem no modelo oficial?

Sob fundamentos diversos, seja por excesso de atuação do Estado, seja por falta do Estado, foram e continuam sendo criados mecanismos de resolução de conflitos que, efetivamente, são reconhecidos pelas comunidade de determinados locais, criando-se assim uma aceitação das normas construídas conjuntamente.

Assim como os pensamentos não são únicos, como afirmado no início deste trabalho, as regras de convivência não podem ter uma origem única, elas devem ser construídas por meio de um processo participativo em que não há uma valoração sobre determinada opinião, se ela vem de um ou de outro segmento social (por questões econômicas, raciais, de gênero, etc.). Tradicionalmente, no mundo ocidental o processo que vem prevalecendo decorre da construção de normas jurídicas por meio de parlamentos eleitos. Superadas, em parte, as ditaduras totalitárias formalmente instaladas nos Estados, este modelo de representação democrática para a elaboração de normas jurídicas nem sempre vem atendendo às reais demandas da sociedade. E nem sempre esse cenário será possível, seja pelo demorado processo legislativo, seja pela resistência de não poucos setores da sociedade em compartilhar o poder, e também o Direito.

Como já se afirmou ao longo da história, "a vida humana não se desenvolve diante dos Tribunais". Há uma rica construção de mecanismos de convivência a serem respeitados e aperfeiçoados, cujos fundamentos ético-sociológicos devem conviver com os argumentos tecnoformais na construção do Direito.

Com base, portanto, nos apontamentos apresentados acima, pretendeu-se apresentar argumentos que possam contribuir para a formulação de relações jurídicas aptas a atender as demandas dos diferentes segmentos da sociedade.

REFERÊNCIAS

- BERCOVICI, Gilberto. 2004. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- BASSUL, José Roberto. **Reforma urbana e Estatuto da Cidade**. *EURE (Santiago)*, Santiago, v. 28, n. 84, sept. 2002. Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0250-71612002008400008&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 05 jan 2015.
- BENÉVOLO, Leonardo. **História da cidade**. São Paulo: Perspectiva, 1977.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. **Cooperação das associações representativas no planejamento municipal: preceito constitucional vinculante**. 2001. 317 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2001.

_____. **Organização da cidade: planejamento municipal, plano diretor, urbanificação**. São Paulo: Max Limonad, 1998

CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Cidade Cidades. *In* WEYRAUCH, Cléia Schiavo (Org.). **3 visões de cidade**. Rio de Janeiro: UERJ, Departamento Cultural, 2002.

CORBUSIER, Le. **Princípios de urbanismo**. Tradução Juan-Ramón Capella. Barcelona: Ariel, 1973.

EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do Direito**. Brasília: UnB, 1986.

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. 2011. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, 16, n. 2, 2011, p. 371-408.

FERNANDES, Edésio. Apresentação. Um Novo Estatuto para as Cidades Brasileiras. *In* OSÓRIO, Letícia Marques (org.) **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002a.

_____. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil. *In* MATTOS, Liana Portilho. **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002b.

FERRARI, Célson. **Curso de planejamento municipal integrado**. São Paulo: Pioneira, 1991.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado: Lei 10.257/2001: lei do meio ambiente artificial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAZIA, Grazia de; RODRIGUES, Evaniza. Uma alternativa para a gestão urbana: o Ministério das Cidades e seus desafios. *In* **Revista Rio de Janeiro**, n. 9, p. 11-21, jan./abr. 2003, p. 4. Disponível em: <http://www.forumrio.uerj.br/documentos/revista_9/009_011.pdf>. Acesso em 05 jan 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Regiões metropolitanas. Regime jurídico**. São Paulo, Bushatsky, 1994.

LEAL, Rogério Gesta. **Direito urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAGALHÃES, Alex Ferreira. **O direito das favelas**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013.

_____. **Sociologia do direito: o pluralismo jurídico em Boaventura de Souza Santos**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2013.

MARICATO, Ermínia. As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias. Planejamento urbano no Brasil. *In* ARANTES, Otilia, VAINER, Carlos, MARICATO, Ermínia. **A cidade do pensamento único: desmanchando consensos**. Petrópolis, RJ : Vozes, 2000. p. 121/192

_____. Reforma Urbana: Limites e Possibilidades. Uma Trajetória Incompleta. *In*: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz ; SANTOS JR., Orlando Alves dos (orgs.). **Globalização, Fragmentação e Reforma Urbana**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén; PASTOR, Roberto Viciano. s. d. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? **Biblioteca**

Jurídica Virtual. [Online]. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>. Acesso em 04 Set 2012.

MAZZAROLI, Leopoldo. **I piani regolatori urbanistici**. Padova, CEDAM, *s.d.*

MÜLLER, Friedrich. "Prefácio". In BERCOVICCI, Gilberto; LIMA, Martônio Mont'Alverne B.; MORAES FILHO, José Filomeno; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MUKAI, Toshio. **Direito urbano-ambiental brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2002.

OLIVEIRA, Luciano. "Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil: notas para un balance". In: VILLEGAS, Mauricio Garcia; RODRIGUEZ, César A. (org.). **Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídico críticos**. Bogotá: ILSA, 2003.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**. São Paulo: RT, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Márcia Miranda. 1998. "Federação, democracia e instituições políticas". **Lua Nova: revista de cultura e política**. [Online], 44. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451998000200007&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em 12 Nov 2012

SOUTO, Claudio. **Ciência e ética no direito - uma alternativa de modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade: comentários à lei federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2003.

TOBA, Marcos Maurício. "Do plano diretor". In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. (Coord.). **Estatuto da Cidade: comentários**. São Paulo: RT, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Palestra proferida no "Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional". Brasília, 2000. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acesso em 05 jan 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

_____. Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

A DECISÃO-SURPRESA NO RECURSO DE APELAÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Odilon Marques Garcia Junior⁵³

1 INTRODUÇÃO

O conteúdo do direito fundamental ao contraditório tem sido objeto de estudo frente as exigências de uma nova realidade cultural e social. A influência do liberalismo individualista e do racionalismo sobre a jurisdição, tornando o juiz estático, espectador do conflito e mero aplicador do direito, passa a não atender as novas as exigências advindas de fatos sociais cada vez mais complexos e dinâmicos.

Surge o desafio de desenhar um modelo de processo voltado para a realização de um ideal de justiça, teleologicamente fundado em técnicas que assegurem ser extraído o máximo de verossimilhança e efetividade em um tempo considerado razoável.

Essa perspectiva passa pela necessidade do Estado garantir eficácia dos princípios e garantias constitucionais processuais, pois o direito processual civil é fundamentalmente determinado pela Constituição Federal.

Parte-se, por conseguinte, da idéia de um modelo constitucional de direito processual civil para se extrair de seus princípios e garantias, os padrões necessários para orientar todo o desenvolvimento do processo.

O direito fundamental ao contraditório, tema do presente ensaio, merece especial reflexão diante de uma nova perspectiva que vem envolvendo, além das partes, o juiz.

Como um dos pilares do devido processo legal, o contraditório não admite que as partes sejam surpreendidas por fundamento a respeito do qual o magistrado apoie sua decisão.

Atento aos movimentos da doutrina e do direito comparado, o legislador pátrio traz importante inovação no texto consolidado do novo CPC ao vedar o que se passou a denominar “decisão-surpresa”.

O escopo do presente artigo, portanto, é traçar um perfil da “decisão-surpresa” no processo civil (ênfase no recurso de apelação), através da delimitação do conteúdo protetivo do direito fundamental ao contraditório, traçando um comparativo entre o Código de Processo

⁵³ Mestrando junto ao PPGD da PUCRS, Especialista em direito processual civil e em direito empresarial. Advogado. E-mail: odilon@garciaegarcia.com.br

Civil vigente e o texto do novo CPC. Com a sanção presidencial do projeto de Lei Projeto n. 8046/2010, ocorrida em 16/03/2015 (Lei n. 13.105/2015), optou-se por utilizar no presente artigo as denominações “CPC/73” para indicar o antigo texto legal, ainda em vigência, e “novo CPC” para o texto que entrará em vigor.

2 O CONTRADITÓRIO E A DECISÃO-SURPRESA

O art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal de 1988 consagrou o contraditório e a ampla defesa como direitos fundamentais, os quais podem ser considerados, em conjunto com os princípios do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII da CF/88), da igualdade (art. 5º, caput da CF/88), aí compreendida a paridade de armas, a decisão fundamentada (art. 94, inciso IX, da CF/88), direitos estruturantes do próprio conceito de devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88).

Dispõe o art. 5º, LV da CF/88 que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ele inerentes.”

O contraditório é o princípio cardeal do direito processual, funcionando como “*cardine della ricerca dialettica*” para os poderes públicos no âmbito do processo administrativo ou judicial. Houve, portanto, uma ampliação no texto constitucional do âmbito de proteção do contraditório, para abranger os processos administrativos em geral.

Tamanha a importância do princípio do contraditório dentro do ordenamento jurídico processual que a ideia de Estado Constitucional está construída sobre sua base⁵⁴.

O contraditório vem se desprendendo da visão clássica do direito liberal, ou seja, de mera bilateralidade dos atos do processo, para abarcar e sujeitar igualmente o juiz. Por conseguinte, surge o direito de influenciar ativamente o desenvolvimento e o resultado do processo.

Nesse sentido, Marinoni assevera que o direito ao contraditório vai além da simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes (conhecimento-reação), significa participar do processo e influir nos seus rumos⁵⁵.

A atual dimensão do contraditório comporta uma nova fórmula que vai além do binômio conhecimento-reação, ou seja, conhecimento-reação-participação-cooperação.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 730.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit. p. 731.

Essa concepção de contraditório, em que o juiz encontra-se igualmente submetido, segundo Daniel Mitidiero, conforma-se com o modelo cooperativo de processo, promovendo a participação das partes em juízo e tutelando a segurança jurídica do cidadão nos atos jurisdicionais do Estado⁵⁶.

José dos Santos Bedaque também coloca em relevo a participação das partes ao fazer sua leitura de direito ao contraditório, vejamos:

Contraditório nada mais é do que o conjunto de atividades desenvolvidas pelos sujeitos do processo, reveladoras da existência de diálogo efetivo entre eles, visando à correta formação do provimento jurisdicional. A participação das partes é fundamental para conferir legitimidade à tutela, pois significa que a elas foi assegurado o poder de influir no convencimento do juiz⁵⁷.

Humberto Theodoro Junior, ao sustentar a existência de um verdadeiro contraditório dinâmico, expõe, citando Luigi Paolo Comoglio, que na Alemanha o contraditório assumiu seu atual perfil constitucional: “graças a uma tríplice ordem de situações subjetivas processuais, na qual a qualquer parte vêm reconhecidos: 1) o direito de receber adequadas e tempestivas *informações*, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso de processo; 2) o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia; 3) o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão”⁵⁸.

Adotando esse perfil constitucional de contraditório, Gilmar Mendes assinala que o direito de defesa não se resume a um direito de manifestação no processo, mas a pretensão à tutela jurídica (*Anspruch auf rechtliches Gehör*⁵⁹). Complementa, ainda, que essa pretensão corresponde exatamente a garantia consagrada em nosso art. 5º, LV, da CF/88, que contém os seguintes direitos: direito de informação (*Recht auf Information*), direito de manifestação

⁵⁶ Segundo Mitidiero, o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. Mitidiero, Daniel. *Colaboração no processo civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*, p.87-103.

⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas) / coordenadores José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵⁸ THEODORO, Humberto Junior. *Processo Justo e Contraditório Dinâmico*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6336-processo-justo-e-contraditorio-dinamico#ftn3>

⁵⁹ Pretensão à tutela jurídica (tradução livre).

(*Recht auf Äusserung*), direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*)⁶⁰.

Para Fritz Baur, o contraditório trata-se de verdadeiro direito de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o desenvolvimento do processo e a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.⁶¹

Essa nova concepção alarga o âmbito de proteção do contraditório para vedar que a jurisdição profira decisão-surpresa (*Verbot der Überraschungsentscheidung*)⁶² ou, nos termos utilizados por Comoglio, o juízo de “*terza via*”⁶³.

André Pagani de Souza conceitua decisão-surpresa como: “uma decisão fundada em premissas que não foram objeto de prévio debate ou a respeito das quais não se tomou prévio conhecimento no processo em que é proferida”⁶⁴.

Marco Gradi, em seu ensaio denominado “*Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della terza via*”, publicado em 2010 na *Rivista de Diritto Processuale* na Itália, preleciona que a legislação Alemã veda a decisão-surpresa sobre questões ignoradas ou consideradas insignificantes pelas partes. Vejamos:

Si tratta di un apprezzabile principio di civiltà giuridica che discende, come si è detto, da valori di rango costituzionale e che trova, già da tempo, un esplicito riconoscimento nei sistemi processuali di altri paesi. Si pensi, in particolare, alla Germania, laddove è espressamente riconosciuto il divieto di Überraschungsent-scheidungen: 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 valutò diversamente rispetto a queste ultime, se non dopo averle indicate ai litiganti e dopo aver offerto agli stessi l'opportunità di svolgere

⁶⁰ O direito de ver os argumentos das partes considerados sustenta o dever de decisões fundamentadas (art. 93, IX, da CF/88). MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011. p. 494.

⁶¹ BAUR, Fritz. *Der Anspruch auf rechliches Gehör. Archiv für civilistische Praxis*, n. 153. Tübingen: Verlag J. C. B. Mohr, 1954, p. 403.

⁶² Dies setzt voraus, dass das Gericht das tatsächliche und rechtliche Vorbringen der Beteiligten zur Kenntnis nimmt und auf seine sachlich-rechtliche und verfahrensrechtliche Entscheidungserheblichkeit prüft und ferner keine Erkenntnisse verwertet, zu denen die Verfahrensbeteiligten sich nicht äußern konnten. Sobre a vedação de decisões-surpresa ver os argumentos de Schwabenbauer, Peter. *Der Zweifelssatz im Strafprozessrecht*, 2012, Mohr Siebeck Tübingen. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=sJPd78mbzXAC&oi=fnd&pg=PA27&dq=Dies+setzt+voraus,+dass+das+Gericht+das+tatsächliche+und+rechtliche+Vorbringen+der+Beteiligten+zur+Kenntnis+nimmt+und+auf+seine+sachlichrechtliche+und+verfahrensrechtliche+Entscheidungserheblichkeit+prüft+und+ferner+keine+Erkenntnisse+verwertet,+zu+dene&ots=rW3UbwutxX&sig=cmDw37blCxtQrlhu9pIKC3qdbhY#v=onepage&q&f=false>

⁶³ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le garanzie fondamentali de “giusto processo”*. *Etica e tecnica del “giusto processo”*, p. 71-74. A doutrina italiana a designa a decisão-surpresa, além de “*sentenza di terza via*”, como “*decisioni solitarie*” ou “*solipsisticamente adottata*”, a qual vem regulada nos artigos 101.º e 183.º do Código di Procedura Civile.

⁶⁴ SOUZA, André Pagani de. Vedação de decisões-surpresa no processo civil / André Pagani de Souza. – São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção direito e processo : técnicas de direito processual), p. 136.

*le proprie osservazioni al riguardo*⁶⁵.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, ao analisar temática sobre a decisão-surpresa, alicerçou seus fundamentos nos princípios fundantes do processo justo, ou seja, nos princípios de cooperação, boa fé processual e colaboração entre as partes e entre estas e o tribunal. Vejamos:

Não subsistirão dúvidas de que na estruturação de um processo justo o tribunal deve prevenir e, na medida do possível, obviar a que os pleiteantes sejam surpreendidos com decisões para as quais as suas exposições, factuais e jurídicas, não foram tomadas em consideração. A questão da falta ou ausência de participação das partes na formação do juízo decisório do tribunal deve ser, contudo, objecto de uma disquisição mais aprofundada. Trata-se de emanações dos princípios fundantes do processo justo como sejam os princípios de cooperação, boa fé processual e colaboração entre as partes e entre estas e o tribunal⁶⁶.

Portanto, o direito ao contraditório passa a ter uma nova dimensão ao abarcar como destinatário, além das partes, o juiz.

Para as partes essa perspectiva revela uma garantia efetiva de participação e influência nos rumos do processo, resultando em democratização do poder.

2.1 O recurso de apelação e a decisão-surpresa

Quanto à decisão-surpresa, Marinoni assinala que é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de pronunciar-se sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício (ex.: artigos 330 e 337, § 5º, do novo CPC)⁶⁷.

Nelson Nery Jr. compartilha desse entendimento afirmando que o juiz, ao decidir de ofício alguma questão do processo, deve propiciar às partes o conhecimento dessa situação, a fim de que os litigantes saibam da possibilidade de sobrevir decisão sobre aquelas questões,

⁶⁵ GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullita della sentenza della terza via*. Rivista di Diritto Processuale. 2010. Disponível em: <https://unime.academia.edu/MarcoGradi>

⁶⁶ Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, processo n. 2005/03.0TVLSB.L1.S1, 1ª Secção, Relator: Gabriel Catarino, data do acórdão 29/07/2011. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstjf.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f84e16b342e06aef80257b900033ed5b?OpenDocument>

⁶⁷ Ob cit. p. 732.

ainda que sejam de ordem pública, a cujo respeito o sistema permite que o juiz decida sem que a matéria tenha sido provocada pelas partes (ex.: art. 317 do novo CPC)⁶⁸.

Araken de Assis ao analisar a profundidade do efeito devolutivo no recurso de apelação em sua verticalidade, registra que o art. 515, §1º, do CPC/73 (equivalente ao art. 1013, § 1º, do novo CPC) exige que as questões não apreciadas perante o órgão *a quo* tenham sido suscitadas e discutidas entre as partes⁶⁹.

A exceção das matérias que comportem conhecimento *ex officio*, depende da iniciativa das partes a arguição das questões a serem veiculadas na ação (art. 128, CPC/73 ou art. 141 do novo CPC). Mas, em qualquer hipótese, comenta Araken de Assis, está o órgão judiciário impedido de surpreender as partes com fundamentos em questões não suscitadas, e, portanto, sequer debatidas.

Isso significa dizer que as partes possuem amplo direito de se manifestar previamente em relação às questões de fato, de direito ou mistas, que sirvam de apoio às decisões proferidas pelo órgão jurisdicional.

Em relação as questões suscitadas, não se trata simplesmente de submeter a subsunção ao contraditório prévio, mas reconhecer, no poder-dever do magistrado⁷⁰, a necessidade de integrar um modelo de processo justo e cooperativo (art. 6º do novo CPC)⁷¹.

Vale lembrar que a decisão-surpresa pode ocorrer não apenas nos julgamentos que violem o princípio da congruência ou nas hipóteses de serem apreciadas questões de ofício sem oportunizar a manifestação das partes, mas em decisões que não guardem qualquer liame entre as questões fáticas suscitadas e discutidas no processo (verdadeira terceira via).⁷²

Em que pese o art. 460 do CPC/73 (equivalente ao art. 492 do novo CPC) referir-se à correlação entre a decisão judicial e o pedido pelo autor, Daniel Amorim Assumpção Neves⁷³

⁶⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo) Nelson Nery Junior. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 238.

⁶⁹ ASSIS, Araken de. *Manual de Recursos* / Araken de Assis. – 6. Ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.p. 441

⁷⁰ Poder de aplicar o direito e dever de observar e sujeitar-se as regras processuais.

⁷¹ Segundo Mitidiero, o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. Mitidiero, Daniel. *Colaboração no processo civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*, p.87-103.

⁷² Araken de Assis ao analisar a profundidade do efeito devolutivo no recurso de apelação, registra que o art. 515, §1º, do CPC exige que as questões não apreciadas perante o órgão a quo tenham sido suscitadas e discutidas entre as partes. A exceção das matérias em comportem conhecimento *ex officio*, exemplo da prescrição (art. 219, §5º, do CPC), depende da iniciativa das partes a arguição das questões a serem veiculadas na ação (art. 128, CPC). Mas, em qualquer hipótese, comenta Araken de Assis, está o órgão judiciário impedido de surpreender as partes, com fundamentos em questões não suscitadas, e, portanto, sequer discutidas. Araken de Assis, *Manual de Recursos*, Parte II, Recursos em Espécie, Cap. VII, Apelação, p. 403.”

⁷³ Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

defende a ideia de que o princípio da congruência deverá ir ainda mais além, alcançando não só o pedido, mas também a causa de pedir e os sujeitos.

José Rogério Cruz e Tucci destaca que a causa de pedir tem por finalidade pragmática permitir a perfeita individualização da demanda e a identificação do pedido⁷⁴.

Sérgio Gilberto Porto lembra que a busca pela determinação do conteúdo da causa de pedir parte da análise das teorias que disputam a preferência da doutrina, ou seja, a teoria da individualização (*Individualisierungstheorie*) e a teoria da substanciação (*Substantiierungstheorie*)⁷⁵.

A teoria da individualização sustenta ser suficiente a afirmação da relação jurídica ou no estado jurídico afirmado sobre a qual se alicerça a pretensão, enquanto a teoria da substanciação exige que o autor fundamente a demanda através de um fato ou de um conjunto de fatos aptos a suportarem a pretensão.

A evolução no debate entre as teorias da individualização e substanciação fez com que o conteúdo da *causa petendi* fosse melhor investigado pela doutrina. Nesse sentido, Cruz e Tucci afirma que compõem a causa o fato (causa remota) e o fundamento (causa próxima)⁷⁶, enquanto José Ignácio Botelho de Mesquita assevera que “a causa de pedir se compõe dos seguintes elementos: a) o direito afirmado pelo autor e a relação jurídica de que esse direito se origina; b) os fatos constitutivos daquele direito e dessa relação jurídica; c) o fato (normalmente do réu) que torna necessária a via judicial, fazendo surgir o interesse de agir”⁷⁷.

Depurado pela doutrina o conteúdo da causa de pedir, o elemento fático (fato jurídico *latu sensu*) revela toda a sua importância e centralidade para a criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica, bem como para a determinação do direito afirmado pelas partes.

As premissas sobre as quais poderá estar fundada a decisão-surpresa não ficam adstritas às questões de direito, mas também às de fato⁷⁸ a respeito das quais não foram suscitadas no processo para possibilitar o debate à luz do contraditório.

Portanto, ao apreciar as questões suscitadas e discutidas no processo, via efeito devolutivo do recurso de apelação, o tribunal não poderá proferir decisão-surpresa,

⁷⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petenti no processo civil. São Paulo: Ed. RT, 1993, p. 130

⁷⁵ PORTO, Sérgio Gilberto. Coisa Julgada Civil p.36

⁷⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob cit., p. 127.

⁷⁷ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. O Conteúdo da causa de pedir. RT 564/41, 1982.

⁷⁸ Conforme leciona J.J. Calmon de Passos “Questão é toda controvérsia que se constitui no bojo de um processo. Controvérsia a respeito de fato (questão de fato) ou relativa a direito (questão de direito).” Comentários ao Código de Processo Civil, v.3, p. 454.

ultrapassando os limites de cognição inerentes as dimensões horizontal e vertical do recurso ordinário⁷⁹.

Imagine-se uma relação extracontratual onde **A** e **B** sofrem, em seus respectivos veículos, danos materiais em decorrência de acidente de trânsito. **A** ajuíza ação de reparação de danos materiais alegando, como fato relevante, estar na via preferencial no momento do abalroamento. **B**, por sua vez, defende-se dizendo que no momento de ingressar na via preferencial o semáforo estava aberto para o seu automóvel, razão pela qual foi a conduta de **A** gerou o sinistro. **B**, além da contestação, ajuíza reconvenção contra **A** postulando a reparação de danos materiais em seu veículo. Improcedente a ação e procedente a reconvenção, por entender o julgador sentenciante que **A** não respeitou a sinalização do semáforo. **A** interpõe recurso de apelação postulando a reforma da sentença. O tribunal ao julgar o recurso mantém a sentença de improcedência da ação e a procedência da reconvenção, mas com fundamento fático em excesso de velocidade de **A** no momento do sinistro.

Considerando que do conjunto probatório não se possa extrair o excesso de velocidade de **A**, fica evidente que o mesmo foi surpreendido por apreciação de questão fática da qual não teve nenhuma oportunidade de se manifestar previamente.

Ao nosso sentir, entretanto, não haveria decisão-surpresa se o órgão jurisdicional julgasse improcedente a ação de **A** e a reconvenção de **B** com fundamento em culpa concorrente. Nessa circunstância, as partes **A** e **B** não poderiam afirmar ofensa ao contraditório, pois previsível que o julgador, ao valorar as provas produzidas e a contraposição das posições durante todo o processo, entendesse pela partição das culpas.

Entretanto, ainda que a apuração da verdade dos fatos constitua premissa necessária para a aplicação correta da lei e obtenção de um processo justo ao caso concreto⁸⁰, o juiz tem o dever de propiciar o diálogo e a efetiva participação das partes na apuração dos fatos relevantes para a sua decisão, sob pena dele se distanciar do contraditório e proferir decisão-surpresa.

⁷⁹ Para Araken de Assis: “o plano horizontal se compõe das questões antecedentes ao mérito. E a verticalidade não se relaciona à possibilidade de o tribunal mirar para trás, e sim, perante determinada classe de questões, perscrutar-lhe as inexploradas profundezas, por assim dizer olhando para baixo. Ob cit., p. 403.

⁸⁰ Michele Taruffo desenvolve três condições para a formação de uma decisão justa: a) que a decisão seja o resultado de um processo justo, onde foram observadas as garantias fundamentais; b) que tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma utilizada como critério de decisão, em homenagem ao princípio da legalidade; c) que esse se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa. TARUFFO, Michele. Uma simples verdade / O Juiz e a construção dos fatos. Editora Marcial Pons, 2012, p.142.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, embora afirme que não se mostra recomendável proibir a apreciação dos fatos secundários pelo juiz, dos quais poderá, direta ou indiretamente, extrair a existência ou modo de ser do fato principal, assinala que o tribunal deve dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-as assim melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial⁸¹.

O fundamento central para a solução da lide exige oportunidade de manifestação prévia e ausência previsibilidade (desvinculação das questões alegadas pelas partes na sua substancialidade ou na sua adjetividade).

André Pagani de Souza cita a doutrina dos juristas franceses Loïc Cadiet e Emmanuel Jeuland, ambos professores da Universidade Panthéon-Sorbone Paris I, no sentido de que exegese do art. 16 do *nouveau code* determina que o juiz observe, em todas as circunstâncias, ele mesmo o princípio do contraditório. O princípio do contraditório, segundo a doutrina de Loïc Cadiet e Emmanuel Jeuland, se aplicaria aos casos em que o magistrado não pode fundamentar sua decisão em uma prova ou argumento que não tenha se submetido ao crivo do contraditório ou em questão que ele possa suscitar de ofício sem que antes tenha sido oportunizado as partes a manifestação sobre tal questão (independentemente de se tratar de questão de fundo, de procedimento, de inadmissibilidade etc.)⁸².

Nesse sentido, a legislação processual portuguesa também prevê em seu art. 3^o.3 que o juiz deve observar e fazer cumprir o princípio do contraditório, sendo-lhe vedado decidir questões de direito e de fato, mesmo aquelas que possa conhecer de ofício, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem, salvo caso de manifesta desnecessidade⁸³.

A manifesta desnecessidade do dever de diálogo e de observação do contraditório, pressupõe questões de direito ou de fato que não tenham dado suporte aos fundamentos de convencimento do juízo ou a previsibilidade inerente a realidade jurídica prefigurada no processo.

⁸¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Artigo publicado na Academia de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20oliveira%20-%20formatado.pdf>

⁸² SOUZA, André Pagani de. Ob. cit., p. 102.

⁸³ CPC Portugues art. 3^o.3 - 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.

Também a aplicação de cláusulas gerais⁸⁴, previstas em nossos Códigos Civil e de Defesa do Consumidor, sem possibilitar o exercício do contraditório, podem propiciar decisões-surpresa, pois são consideradas matéria de ordem pública, cabendo ao juiz ou tribunal examiná-las de ofício, independentemente de alegação da parte ou interessado⁸⁵.

Como apontado por Nelson Nery Jr., a circunstância das cláusulas gerais serem consideradas matéria de ordem pública evita a nulidade da decisão que sobrevier pelo fundamento de desnecessidade de manifestação da parte, mas não obsta a nulidade por cerceamento de defesa, em razão da desobediência ao princípio do contraditório⁸⁶.

O juiz deve, em respeito ao contraditório, apontar previamente às partes que pretende aplicar em sua decisão determinada cláusula geral, propiciando o amplo debate e evitando que sobrevenha decisão-surpresa.

2.2 Duplo grau de jurisdição e a decisão-surpresa

O Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, tem decidido que o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional⁸⁷. Aponta, nesse sentido, o voto vencedor exarado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento do RHC 79.785/RJ (Pleno, j. 29.03.00, DJ de 22.11.02, p. 57), ao aduzir que:

[...] Com efeito, creio já ter notado que, na acepção que entendo lhe deva ser atribuída, o duplo grau reclama a oponibilidade de recurso de devolução ampla à sentença de instância originária: não o satisfaz, portanto, a simples sujeição dela aos recursos do tipo extraordinário, de âmbito de cognição circunscrita à questão de jure discutida. Toda vez que a constituição prescreve para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV, e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, da lei ordinária à convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho que não estão em causa e da Justiça Militar na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais assim como a do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e

⁸⁴ As cláusulas gerais são formulações contidas em lei, de caráter significativamente genérico e abstrato (Engisch, Einführung, Cap. VI, p. 120/121), cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz (Larenz-Wolf, Allg. Teil, § 3º, IV, n. 94, p. 82/83).

⁸⁵ Como exemplos de cláusulas gerais podemos citar o parágrafo único do art. 2.035 do CCB, que prevê a função social da propriedade e dos contratos e o art. 51, inc. IV, do CDC que prevê a boa-fé objetiva.

⁸⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Ob. cit., p. 240.

⁸⁷ Na dimensão supranacional, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) consagra o direito ao duplo grau de jurisdição apenas para o processo penal (art. 8.º, n. 2, h).

Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores o STJ e o TSE estão enunciadas taxativamente na Constituição, que só ela mesma poderia ampliar. À falta de órgãos jurisdicionais *ad quem*, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição de aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada.

Gilmar Mendes assinala que no modelo constitucional brasileiro o duplo grau de jurisdição não se realiza em todos os feitos e em todas as instâncias, nem se reconhece direito a uma contestação continuada e permanente, sob pena de ser colocado em xeque o valor da segurança jurídica⁸⁸.

Em que pese o duplo grau de jurisdição não ser acolhido pela doutrina majoritária como um direito fundamental⁸⁹, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior e Tereza Arruda Alvim Wambier acolhem-o como princípio⁹⁰.

A defesa do duplo grau de jurisdição como princípio está assentada na noção de Estado de Direito e na exigência de controle de suas atividades.

Ao nosso sentir, é legítimo concluir que a Constituição Federal de 1988 alberga o princípio do duplo grau de jurisdição, seja pela concepção de Estado de Direito e seus respectivos instrumentos jurídicos de controle (sistema recursal), seja pela estruturação do Poder Judiciário através dos tribunais elencados no art. 92, incisos III a VII, da CF/88, onde o pragmatismo demonstra que a principal função jurisdicional destes órgãos públicos é julgar recursos.

Compartilha desse mesmo entendimento Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha ao afirmarem que na grande maioria dos casos, os tribunais exercem função de *reexaminar* as decisões proferidas pelos juízes inferiores (função de segundo grau de jurisdição), daí resultando que a Constituição Federal refere-se, quando disciplina a estrutura do Poder Judiciário, ao princípio do duplo grau de jurisdição⁹¹.

⁸⁸ Ob. Cit., p. 439.

⁸⁹ Em posição contrária, Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárróz defendem que não é o fato de o duplo grau não estar expresso na Constituição que o torna inexistente no catálogo aberto dos direitos fundamentais. USTÁRROZ, Daniel. Manual de Recursos cíveis / Daniel Ustárróz, Sérgio Gilberto Porto. – 3. Ed. Rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado editor, 2011, p. 57.

⁹⁰ Cândido Rangel Dinamarco, A reforma da reforma, n. 101, p.151; Humberto Theodoro Júnior, O processo civil brasileiro no limiar do novo século, n. 8.6, p. 164-165 e Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, Recursos e Ações Autônomas de Impugnação, v.2., p. 54-55. Em sentido contrário: Nelson Luiz Pinto, Manual dos recursos cíveis, n. 3.2, p. 80 e ss.; Silvânio Covas, O duplo grau de jurisdição, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, p. 586 e ss., José Cretella Neto, Fundamentos principiológicos do processo civil, n. 4.5, p. 94 e ss.

⁹¹ DIDIER, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil / Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo no Tribunais. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. v. 3, 12ª ed., Editora Jus Podivm, p. 22.

2.2.1 O julgamento direto do mérito pelo órgão *ad quem*

Nos interessa no presente ensaio verificar se o §3.º, acrescentado ao art. 515 do CPC/73 pela Lei 10.352, de 26.12.2001, ao mitigar o princípio do duplo grau de jurisdição, vulneraria o direito fundamental ao contraditório. Essa análise também é feita em relação ao § 3º do art. 1013 do novo CPC, mas em tópico específico (item 2.3 infra), com aproveitamento das conclusões sobre o texto do CPC/73.

Do próprio texto constitucional (v.g.: art. 102, art. 103 e art. 105, I, todos da CF/88) se extrai um princípio oposto ao duplo grau de jurisdição que não pode ser ignorado, ou seja, o princípio da unicidade de juízo ou de instância.

O §3º do artigo 515 do CPC/73 permite ao tribunal, de *per saltum*, julgar o mérito da demanda, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento (causa madura), nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC/73).

Araken de Assis indica que as técnicas de julgamento direto do mérito pelo órgão *ad quem*, como acontece com o §3.º do art. 515, ou que conferem competência originária para os tribunais julgarem certas causas, sem recurso de devolução plena correspondente, revelam-se constitucionais, pois não importam supressão de instância⁹².

Marinoni registra que: “o fato de a Constituição ter previsto tribunais com competências recursais ordinárias não impede o legislador infraconstitucional de permitir que o tribunal conheça do mérito da causa sem que o tenha feito anteriormente o juiz de primeiro grau (art. 515, §3.º, do CPC/73)”⁹³.

Portanto, não há grandes divergências doutrinárias no sentido do duplo grau de jurisdição, no processo civil, comportar limitações.

Com efeito, o debate surge com maior intensidade quando se interpreta o §3.º do art. 515 do CPC a luz do princípio dispositivo.

Fala-se, inclusive, em efeito *desobstrutivo* do recurso em razão da ausência de devolução de matéria (parcial ou integral) ao órgão *ad quem* não apreciada pelo juízo *a quo*.⁹⁴ Mesmo que esse julgamento não decorra diretamente do efeito devolutivo do recurso, é certo que §3.º do art. 515 amplia o *thema decidendum* na instância recursal, razão pela qual a

⁹² ASSIS, Araken de. Ob. cit., p. 85.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 766.

⁹⁴ LOPES Jr., Gervásio. Julgamento direto do mérito pelo tribunal, Salvador, ed. Jus Podivm, 2007, p. 36.

observação do princípio dispositivo, em tese, exigiria formulação de requerimento do recorrente.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. afirma que para a aplicação da regra do §3.º do art. 515 do CPC/73 é preciso que o recorrente, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal dê provimento ao seu recurso e, desde logo, aprecie o mérito da demanda. Caso tal requerimento não seja formulado, não poderá o tribunal adentrar no exame do mérito, sob pena de julgar *extra* ou *ultra petita*⁹⁵.

Para Flávio Cheim Jorge os parágrafos do art. 515 devem obediência ao *caput*, o qual fixa a máxima do latim *tantum devolutum quantum appellatum*. Conclui, ao final, que “a melhor interpretação a que se chega é aquela que somente admite a incidência do julgamento do mérito (§3.º) quando haja impugnação específica (*caput* do art. 515)”⁹⁶.

Em posição contrária, pondera Sérgio Porto que o espírito da reforma do art. 515 do CPC/73 foi de tornar o processo mais célere e que não se pode olvidar que este sempre conserva um resquício de interesse público (mesmo se tratando de direito privado e individual), pois à sociedade interessa a existência de um processo efetivo.⁹⁷

Com base nesse entendimento não nos parece necessário pedido ou requerimento para que incida, em sua plenitude, a norma do §3.º do art. 515, pois a parte deve contar com a possibilidade de julgamento do mérito pelo tribunal *ad quem* de uma causa considerada madura. O princípio dispositivo, nesta hipótese, cede diante do referido interesse público e dos princípios da efetividade, celeridade e inquisitório.

Outro argumento para que o princípio dispositivo seja observado seria a vedação da *reformatio in pejus*. Com efeito, a *reformatio in pejus*, em sua espécie qualitativa, traduz a troca de fundamento da sentença impugnada em desfavor do apelante. A questão merece a seguinte análise: a troca de fundamento de uma sentença terminativa (ex.: ilegitimidade passiva) para uma sentença definitiva de improcedência (ex.: prescrição), sem correspondente pedido de julgamento do mérito (art. 514, III, do CPC/73), ocorreria uma reforma prejudicial ao recorrente?

Respeitada opinião contrária no sentido de que a sentença terminativa não impede a renovação da causa (art. 268, do CPC/73), ao contrário da sentença de improcedência⁹⁸, a

⁹⁵ DIDIER Jr, Fredie. Ob. cit., p. 108.

⁹⁶ CHEIM JORGE, Flávio. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2004, p. 148.

⁹⁷ USTÁRROZ, Daniel. Manual de Recursos cíveis / Daniel Ustárróz, Sérgio Gilberto Porto. p. 155.

⁹⁸ Araken de Assis é enfático ao registrar que a extensão do efeito devolutivo se subordina, genericamente, ao princípio dispositivo e que o apelante tem direito ao duplo exame e ampla disposição sobre a regra que lhe aproveita. Ob. cit., p. 433.

questão está mais centrada na ausência de requerimento do julgamento do mérito e, por conseguinte, no afastamento do princípio dispositivo. Primeiro, porque não há *reformatio in pejus*, em razão de expressa previsão legal (§3.º do art. 515) que permite o julgamento do mérito de *per saltum*. Segundo, o princípio inquisitório que se extrai da referida norma, encontra o seu limite na verificação das condições de imediato julgamento da causa, ou seja, na análise do amplo debate das questões deduzidas e na possibilidade de produção probatória, tudo em respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Por isso, o §3.º do art. 515 exige redobrada atenção do magistrado em relação à preservação do princípio do contraditório, uma vez que as partes possuem o amplo direito de se manifestar e participar da formação do *thema decidendum*. Não podem as mesmas, portanto, serem surpreendidas por questões de fato, de direito ou mistas que não foram objeto de debate ou de oportunidade de produção probatória.

Para o sistema recursal a expressão “causa madura” possui um conteúdo indeterminado que merece ser balizada pelo princípio do contraditório e a ampla defesa. A maturação da causa deve ser conceituada com base no princípio do contraditório e ampla defesa, ou seja, como aquela onde foi verificado pelo órgão julgador a existência de amplo debate do *meritum causae* bem como, eventualmente, a oportunidade produção probatória necessária a afirmação dos fatos.

Igualmente “matéria de direito” tem sofrido ampliação jurisprudencial para abranger as questões de fato ou mistas (STJ, 4ª Turma, REsp 785101/MG), ou seja, o §3.º do art. 515 interpretado em conjunto com o art. 330, inc. I, do CPC/73, permite também o julgamento direto pelo juízo *ad quem* de matéria de fato e de direito, se não houver necessidade de produção em audiência.

Entretanto, ao julgar o REsp 874.507/SC, a própria 4ª Turma do STJ acabou ampliando ainda mais o alcance do §3.º do art. 515 do CPC/73, ao possibilitar a apreciação das matérias de fato e de direito, mesmo que seja necessário adentrar no respectivo acervo probatório. Vejamos o fundamento:

3.3. Com efeito, não merece acolhida a irresignação, pois a adequada interpretação do conteúdo do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil é a de que o dispositivo possibilita ao Tribunal, caso tenha sido propiciado o contraditório e a ampla defesa, com regular e completa instrução do processo, o julgamento do mérito da causa mesmo que para tanto seja necessária apreciação do acervo probatório.

Gisele Santos Fernandes Góes também amplia a exegese do disposto no art. 515, § 3º, do CPC/73, de modo a permitir que o tribunal prossiga no julgamento sempre que não exista mais prova a ser produzida, sendo irrelevante que exista questão de fato a ser dirimida.

Vejam os:

E também não se deverá fazer uma interpretação reducionista quanto à expressão “se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”; no rumo de que essas duas situações são concomitantes, arrisca-se logo uma primeira análise do novo dispositivo, no que tange ao sentido disjuntivo desse “e” que merece ser lido como “ou”, visto que bastará a questão ser de direito, possibilitando julgamento antecipado da lide, ou estar em condições de imediato julgamento, para que desencadeie o prosseguimento do exame de mérito da matéria no Tribunal⁹⁹.

Em vista disso, ganha espaço em nosso sistema recursal os princípios de celeridade e efetividade do processo em detrimento dos princípios dispositivo, da imediatidade e do duplo grau de jurisdição¹⁰⁰. Parece ser essa a exigência do anseio social traduzida pelo legislador.

2.2.2 Contraditório no recurso de apelação interposto contra sentença de improcedência liminar do pedido

O art. 285-A do CPC/73 autoriza o juiz julgar improcedente uma demanda sem ela ter se tornado litigiosa (ausência de citação). Em que pese a duvidosa constitucionalidade do dispositivo¹⁰¹, para que não se vulnere totalmente o direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa, se faz mister admitir que as sentenças proferidas liminarmente espelhem o entendimento consolidado pelos tribunais superiores, por meio de suas súmulas ou julgamento de recursos repetitivos.

Não se pode formar exegese distinta, pois ao sentenciar uma demanda apenas com base em uma sentença anterior do mesmo juízo, o réu e autor estariam diante de uma decisão-surpresa, a qual, além de não ter sido ofertado a sua efetiva participação e influência na formação de seu resultado, não teria o atributo de previsibilidade.

⁹⁹ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Princípio da proporcionalidade no Processo Civil. São Paulo: ed. Saraiva, 2004. p. 158-158.

¹⁰⁰ Em sentido contrário, Bernardo Pimentel de Souza opta por interpretação restrita do §3.º apenas para questões de direito por ser exceção no sistema recursal, em que pese o crescimento respeitável de corrente favorável à aplicação em toda causa madura (incluindo as questões de fato). Acena que o duplo grau de jurisdição é regra importante, ainda que sem estatura constitucional, razão pela qual o legislador, acertadamente, restringiu o julgamento de mérito das causas maduras apenas para as questões de direito. SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória - 10ª ed., São Paulo : Saraiva, 2014, p. 314.

¹⁰¹ Para os fundamentos de inconstitucionalidade do art. 285-A, veja-se a ADI n. 3695-5 proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Para que o dispositivo do art. 285-A do CPC/73 esteja em sintonia com a direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), o mesmo não pode criar um estímulo ao recurso de apelação através de uma decisão desalinhada com a jurisprudência consolidada, sob pena de fomentar o prologamento do processo.

Essa concepção tem apoio de Cassio Scarpinella Bueno ao afirmar que: “a sentença de primeiro grau só poderia ser utilizada como paradigma interpretativo para fins propugnados pelo art. 285-A do CPC/73 na exata medida em que ela, a sentença, estivesse em plena consonância com as decisões dos Tribunais recursais competentes”¹⁰².

Assim como §1.º do art. 518 e o §3.º do art. 475, ambos do CPC/73, o art. 285-A deveria ser interpretado como forma de lidar com os processos repetitivos que foram repelidos, em sua tese, pelo entendimento consolidado pelos tribunais superiores e não pela simples existência de uma sentença improcedente proferida pelo mesmo juízo.

De outro turno, se houver juízo de retratação negativo (§1.º do art. 285-A), deverá ser o réu citado (§2.º do art. 285-A) para responder o recurso de apelação, sendo-lhe propiciado nesse momento o exercício do contraditório (diferido).

A justificativa de ausência de prejuízo à esfera jurídica do réu em razão da improcedência do pedido deduzido pela parte autora não parece ser argumento suficiente para lhe retirar o direito de participar e influenciar os rumos do resultado da decisão, com base em questões apontadas em sua defesa.

Não se trata de equiparar ao sistema das nulidades onde a ausência de prejuízo norteia o instituto (art. 244 do CPC/73), mas de fazer o magistrado se integrar ao contraditório e a ampla defesa.

O direito de resposta do réu não se limita ao exercício de impugnação dos fatos e pedido do autor por meio de sua contestação (art. 300 e ss. do CPC/73), mas igualmente lhe é assegurado o direito de ampla defesa via exceções, reconvenção, intervenção de terceiros e até o próprio reconhecimento do pedido.

Portanto, caso seja dado provimento ao recurso de apelação do autor, isto é, no sentido afastar a incidência do art. 285-A do CPC, ao nosso sentir, não poderá o órgão *ad quem* ingressar imediatamente no mérito sem que as partes (autor e réu) assim expressamente requeiram em suas razões e contrarrazões de recurso.

¹⁰² SCARPINELLA BUENO, Cássio. A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil, volume 2, Saraiva, 2006. p. 51.

Diversamente do §3.º do art. 515 do CPC, o princípio dispositivo aqui prepondera sobre o princípio inquisitivo, sob pena de serem suprimidos o caráter dialético do processo, o contraditório (direito de participação e cooperação) e a ampla defesa (resposta do réu).

2.3 Decisão-surpresa e o texto do novo Código de Processo Civil

O texto consolidado do novo CPC, no seu artigo 10, vem positivar o direito de proteção do contraditório contra a decisão-surpresa, pois, do Capítulo I, destinado as normas fundamentais do processo civil, dispõe:

Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

Esse dispositivo legal veio para consagrar o âmbito de proteção do direito fundamental ao contraditório, afastando as possibilidades de decisão-surpresa e inserido-o em um modelo de processo justo e cooperativo¹⁰³, tudo em conformidade com que se espera da eficácia do princípio do devido processo legal.

No que diz respeito ao recurso de apelação, o art. 1013 do novo CPC mantém o efeito devolutivo amplo de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, em suas dimensões horizontal e vertical, ainda que não tenham sido solucionadas pelo juízo *a quo*. Porém, a regra geral do art. 10 do novo CPC deverá servir de balizamento para que os limites das dimensões do efeito devolutivo não sejam ultrapassados a ponto de ofender o direito fundamental ao contraditório.

QUADRO COMPARATIVO

Redação do Código de Processo Civil em vigor (CPC/1973)	Texto Consolidado do novo Código de Processo Civil - Lei n. 13.105/2015
Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões	Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria Impugnada.

¹⁰³ A doutrina costuma apontar a existência de quatro deveres de colaboração do juiz para com as partes (MITIDIERO, 2009; SOUSA, 1997; GOUVEIA, 2003): o dever de esclarecimento, o dever de prevenção, o dever de auxílio e o dever de consulta.

suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.	§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.
---	--

O parágrafo único do art. 487 do novo CPC dispõe que não será conhecida de ofício a prescrição e decadência, ressalvada a hipótese do juiz julgar liminarmente improcedente o pedido (parágrafo único do art. 332 do novo CPC), sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se, em respeito ao âmbito de proteção do direito fundamental ao contraditório. Em que pese tal previsão não ter sido contemplada no § 5º, do art. 219, do CPC/73, o modelo de processo civil constitucional exige a incidência do contraditório (prévia manifestação das partes), para que não ocorra decisão-surpresa. Vejamos:

QUADRO COMPARATIVO

Redação do Código de Processo Civil em vigor (CPC/1973)	Texto Consolidado do novo Código de Processo Civil - Lei n. 13.105/2015
Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. § 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.	Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o órgão jurisdicional: Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

Em relação ao art. 285-A do CPC/73, os incisos do art. 332, do novo CPC, trazem a conformação já apontada por Scarpinella Bueno, ou seja, no sentido que a sentença de improcedência liminar do pedido deve estar em plena consonância com as decisões dos Tribunais recursais competentes.

O § 1º do art. 332 do novo CPC corrige tecnicamente o art. 295, IV, do CPC ao dispor que verificado, desde logo, a prescrição e decadência, o juiz está autorizado a julgar liminarmente improcedente o pedido formulado. Portanto, não se trata de indeferimento da inicial, mas de improcedência da ação.

Redação do Código de Processo Civil em vigor (CPC/1973)	Texto Consolidado do novo Código de Processo Civil - Lei n. 13.105/2015
<p>Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente</p> <p>Art. 295. A petição inicial será indeferida. IV - quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (art. 219, § 5º);</p>	<p>Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:</p> <p>I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;</p> <p>II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;</p> <p>III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;</p> <p>IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.</p> <p>§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.</p>

Os §3º e §4º do art. 332 do novo CPC prevêm a possibilidade de retratação no prazo de 5 (cinco) dias da interposição do recurso de apelação e não ocorrendo juízo de retratação, assegura-se ao réu sua citação para contrarrazões e, por conseguinte, o pleno exercício do direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa.

Em relação ao recurso de apelação, o julgamento de *per saltum* torna-se obrigatório nas causas em condições de imediato julgamento (§ 3º do art. 1013 do novo CPC). Dentre as inovações em relação ao § 3º do art. 515 do CPC, o texto legal do novo CPC não restringe o julgamento do mérito do recurso de apelação para as questões exclusivamente de direito, ou seja, as questões de fato ou mistas estão contempladas.

Outra inovação em relação ao antigo texto legal do CPC/73, o artigo 1013, § 3º, do novo CPC prevê as possibilidades do tribunal julgar desde logo o mérito quando: a) decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; b) constatar a omissão de enfrentamento de um dos pedidos e c) decretar a nulidade da sentença por falta de fundamentação.

Com efeito, repita-se que o contraditório deverá sempre balizar as condições de verificação da causa madura para que o Tribunal adentre no *merito causae*.

QUADRO COMPARATIVO

Redação do Código de Processo Civil em vigor (CPC/1973)	Texto Consolidado do novo Código de Processo Civil - Lei n. 13.105/2015
<p>Art. 515 - A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.</p> <p>§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode (grifei) julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.</p>	<p>Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.</p> <p>§ 3º Se a causa estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve (grifei) decidir desde logo o mérito quando:</p> <p>I – reformar sentença fundada no art. 485; II – decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III – constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV – decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.</p>

3 CONCLUSÕES

O processo é um conceito que transcende ao direito processual, pois trata-se de instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processos judicial, administrativo e legislativo)¹⁰⁴. E como instrumento de exercício do poder, o processo acaba sendo democratizado com a participação mais efetiva das partes e influência nos seus rumos, através da uma nova perspectiva de eficácia do princípio do contraditório.

Inobstante essa observação, não haveria necessidade de positivação em norma instrumental vedando a decisão-supresa se a leitura do âmbito de proteção do direito fundamental ao contraditório fosse percebido para além da mera bilateralidade da audiência. Mas, o pragmatismo tem demonstrado que a força normativa dos princípios e garantias processuais constitucionais não permeiam satisfatoriamente a jurisprudência pátria.

¹⁰⁴ Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinouver e Candido Rangel Dinamarco. Teoria geral do processo, 28ª ed., Ed. Malheiros, 2012, p. 276.

Promover reformas nos mecanismos técnicos de desenvolvimento do processo, com escopo de tornar o procedimento mais célere é salutar para a razoável duração do processo, mas necessita ser contrabalançado por outras garantias, como o devido processo legal e a segurança jurídica.

Por isso, a positivação da garantia do contraditório, elevado pelo texto do novo CPC como norma fundamental do processo civil, reforça o conteúdo dialético do processo civil, bem como o poder-dever do juiz em dar conhecimento prévio as partes da existência de questões (de ordem pública, fática ou mistas), que servirão de apoio em sua decisão, afastando qualquer possibilidade de ser proferida “decisão-surpresa”.

Tudo isso vem reforçar a estrutura do contraditório como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Espera-se, ao final, que o conteúdo do art. 10 do novo CPC seja amplamente acolhido pela jurisprudência, sem desnecessária redução de seu âmbito de proteção, pois apenas reflete a atual dimensão do direito fundamental ao contraditório.

REFERÊNCIAS

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **A garantia do contraditório**. Artigo publicado na Academia de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20oliveira%20-%20formatado.pdf>>.

ASSIS, Araken de. **Manual de Recursos**. 6. ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechliches Gehör. **Archiv für civillistische Praxis**, n. 153. Tübingen: Verlag J. C. B. Mohr, 1954.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). In: José TUCCI, Rogério Cruz e e BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHEIM JORGE, Flávio. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le garanzie fondamentali de “giusto processo”**. Etica e tecnica del “giusto processo”. Editora G. Giappichelli, 2004.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil: meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. v. 3, 12^a ed., Editora Jus Podivm, 2012.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo: Saravia, 2004.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della terza via. **Rivista di Diritto Processuale**. 2010. Disponível em: <https://unime.academia.edu/MarcoGradi>

LOPES Jr., Gervásio. **Julgamento direto do mérito pelo tribunal**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **O Conteúdo da causa de pedir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil** – Pressupostos sociais, lógicos e éticos, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual do direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa Julgada Civil**. 4ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. **A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil**. volume 2. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo Justo e Contraditório Dinâmico**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6336-proceso-justo-e-contraditorio-dinami-co#ftn3>>.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o Juiz e a construção dos fatos. Editora Marcial Pons, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petenti no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

USTÁRROZ, Daniel e PORTO, Sérgio Gilberto. **Manual de Recursos cíveis**. – 3ª ed. rev. e ampl. Porto alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

O EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A (IN)IMAGINÁVEL REVOGAÇÃO DO FETICHE DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRODUTO DA LEI

Elaine Harzheim Macedo¹⁰⁵

Cristiana Zugno Pinto Ribeiro¹⁰⁶

1 INTRODUÇÃO

Após longo trâmite do projeto do novo Código de Processo Civil (NCPC), com início no ano de 2010 no Senado Federal, mediante a apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 166/2012, posteriormente convertido em Projeto de Lei nº 8.046/10 na Câmara dos Deputados, no dia 17.12.2014 foi aprovado no Congresso Nacional o projeto do NCPC, o qual foi objeto de sanção presidencial realizada no dia 16.03.2015, por meio da promulgação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, publicada no Diário Oficial da União em 17.03.2015¹⁰⁷.

O presente trabalho tem por escopo o estudo do efeito devolutivo da apelação cível – muitas vezes tido como empecilho da tempestividade da prestação da tutela jurisdicional – no novo CPC, sem perder de vista o respectivo tratamento imprimido pelo Código de 1973, bem como avaliar as mudanças implementadas pelo novo CPC quanto ao tema, mediante análise comparativa e crítica entre os dois estatutos.

2 ANOTAÇÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO E SUSTENTAÇÃO TEÓRICA DE SUA MANUTENÇÃO NO SISTEMA PROCESSUAL

¹⁰⁵ Professora do programa de pós-graduação da PUCRS em nível de mestrado e doutorado. Doutora em Direito pela UNISINOS e Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS. Ex-presidente do TRE-RS. Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul-IARGS e da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Presidente do IGADÉ – Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral. Advogada. E-mail: elaine@fhm.adv.br.

¹⁰⁶ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Processo Civil e Constituição pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada. E-mail: cristiana@mbz.adv.br.

¹⁰⁷ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 abr. 2015.

Recurso, no Direito processual civil brasileiro, é, segundo José Carlos Barbosa Moreira, “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”¹⁰⁸.

O recurso de apelação, por sua vez, é o recurso por excelência¹⁰⁹, ao qual correspondem figuras com características semelhantes na generalidade das legislações processuais contemporâneas, tais como: a *apelación* do Direito português, a *apelación* do Direito espanhol e do hispano-americano, o *appel* do francês e do belga, o *appello* do italiano, a *Berufung* do alemão e do austríaco, o *appeal* do inglês e do norte-americano e a *Appellation* de vários cantões suíços. Todos esses institutos têm como antecedente remoto comum a *appellatio romana*¹¹⁰.

Sem embargo das controvérsias relativas à exata origem da *appellatio*, pode-se afirmar que ela veio a firmar-se no ordenamento romano. A *appellatio* consistia no “meio processual ordinário contra a injustiça substancial da sentença formalmente válida”¹¹¹, ou ainda no “meio de obter o reexame de decisões com base em supostos *errores in iudicando*, embora tenha sido usada, em certos casos, para a denúncia da *invalidade*, e não da *injustiça* da sentença. Podiam utilizá-la assim as partes como terceiros prejudicados”¹¹².

¹⁰⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 233. Para Nelson Nery Junior, recurso “é o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada”. NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 208.

¹⁰⁹ Dessa forma ressaltam José Carlos Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 406); Araken de Assis (ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 13, p. 141, 2001); Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz (PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 121); Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. v. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 183); Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. v. 3. 12 ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 95); Ovídio Baptista da Silva (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 8 ed. v. 1, tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 330); Flávio Cheim Jorge (JORGE, Flávio Cheim. **Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53); Sergio Bermudes (BERMUDES, Sergio. Considerações sobre a apelação no sistema recursal do Código de Processo Civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 123, 1999); Nelson Nery Junior (NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 405); Ricardo de Carvalho Aprigliano (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20). Nelson Luiz Pinto refere que a apelação é o “recurso-tipo”, “por ser aquele de conteúdo mais amplo, permitindo ampla atividade cognitiva pelo órgão *ad quem*”. PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 95.

¹¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 406.

¹¹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 169.

¹¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 410.

Na atualidade, traduz, como nenhum outro recurso, a garantia do duplo grau de jurisdição, tema que por si só exigiria espaço próprio de discussão, mas que aqui se traz como fundamento parcial do debate proposto, como adiante se verá.

O cabimento do recurso em análise, no passado, é objeto de controvérsia na doutrina. José Carlos Barbosa Moreira afirma que a interposição da *appellatio* era limitada contra a *sententia*, não sendo possível a sua interposição contra as *interlocutiones*¹¹³, enquanto que José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo entendem que “a *appellatio* era cabível, via de regra, contra sentença definitiva, embora, excepcionalmente, pudesse também ser interposta contra decisão interlocutória”¹¹⁴.

A *appellatio* era interposta perante o *iudex a quo*, oralmente, ou seja, no mesmo dia em que proferida, ou por escrito, no prazo de dois ou três dias, por meio dos *libelli appellatorii*. O juízo de admissibilidade era realizado pelo órgão prolator da decisão impugnada. No caso de inadmissão, cabia uma *appellatio* secundária para o órgão *ad quem*. Recebida a *appellatio*, expediam-se as *litterae dimissoriae* ou *apostoli*, que o apelante se incumbia de fazer chegar ao órgão competente para julgamento. O recurso era dotado de efeito devolutivo e suspensivo¹¹⁵.

A *appellatio* deveria indicar de forma precisa a sentença impugnada, não havendo necessidade, no entanto, do recorrente declinar o motivo de seu inconformismo. Embora inexistisse óbice de dedução da *causa appellandi* no próprio recurso, era ela, em regra, explicitada durante o processamento da *appellatio*, que permitia a apresentação das razões e a produção de novas provas. Não obstante, era vedada a formulação de novo pedido¹¹⁶.

Após seu surgimento no direito romano, o recurso de apelação foi preservado no direito canônico e, por seu intermédio, foi introduzido no direito comum italiano, francês e alemão. Sob a influência canônica foi inserido no direito português, ao tempo da instauração da sua monarquia. A apelação foi conhecida no Brasil colônia por força das Ordenações Filipinas, legislação que regulamentou o direito português a partir de 1582. Quando da independência, o Brasil seguiu a ser regido, em matéria de direito processual civil, pelas

¹¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 410. No mesmo sentido ASSIS, Araken de Assis. **Manual dos recursos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 401.

¹¹⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 169/170.

¹¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 410/411. CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 170/171; SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano**. Curitiba: Livro é Cultura, 1990, p. 128.

¹¹⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 170.

Ordenações Filipinas, tendo em vista a ausência de situação histórico-cultural produtora de leis próprias, e em razão de um Decreto baixado em 20 de outubro de 1823, que adotou essa legislação¹¹⁷.

Em 25 de novembro de 1850 foi editado um Código de Processo Comercial (Regulamento 737), passando a existir, então, uma legislação destinada ao processo civil (Ordenações Filipinas), e outra destinada ao processo comercial¹¹⁸, de estirpe nacional. Tal situação perdurou até que em 1876 foi publicada a Consolidação Ribas, que teve como objeto consolidar as Ordenações e as leis extravagantes, e que acabou sendo adotada como lei processual. Assim, as Ordenações Filipinas, por meio da Consolidação Ribas, continuava, em significativa parcela, a reger o processo civil brasileiro¹¹⁹, mas inevitável que o sistema pensado para as demandas comerciais, mais ágil e concentrado, com a simplificação dos atos processuais, redução de prazos e melhor regulação do sistema recursal, culminasse por oxigenar o processo civil tradicional¹²⁰.

Como consequência, foi editado o Decreto 763, em 1890, já sob os auspícios da República, determinando que o regulamento 737 também fosse aplicado ao processo civil, até que cada Estado fizesse o seu próprio Código de Processo. Após a Constituição de 1891 iniciou-se a codificação estadual do direito processual civil¹²¹, proposta que atendia os reclames da federalização, dando maior espaço legislativo às unidades federativas estaduais, mas que não logrou vingar.

Com a Constituição da República de 1934, que previa no art. 11 de suas disposições transitórias a elaboração de um Código de Processo Civil para substituir os estaduais, federalizando o poder legislativo processual, a exemplo de outros temas também centralizados no poder central, foi se instaurando um sistema concentrador, num movimento centrípeto, o que os movimentos políticos posteriores só agudizaram¹²². A Carta de 1937, muito embora

¹¹⁷ JORGE, Flávio Cheim. **Apelação cível: teoria geral e admissibilidade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 36/37.

¹¹⁸ JORGE, Flávio Cheim. **Apelação cível: teoria geral e admissibilidade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

¹¹⁹ JORGE, Flávio Cheim. **Apelação cível: teoria geral e admissibilidade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

¹²⁰ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 209.

¹²¹ JORGE, Flávio Cheim. **Apelação cível: teoria geral e admissibilidade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37/38.

¹²² MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e federalismo, in A teoria e a prática: dos saberes do cotidiano**. Publicação AJURIS, Escola Superior da Magistratura, Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2005, p. 71.

tenha substituído a Constituição de 1934, não alterou esse propósito de reunificação do processo civil¹²³.

Finalmente, em 1939, foi instituído o Código de Processo Civil, por meio do Decreto-lei 1.608, no qual o recurso de apelação passou a ter praticamente os mesmos contornos que ainda possui hoje¹²⁴.

No Código de Processo Civil de 1973, o regramento do recurso de apelação já sofreu algumas modificações, face às leis que alteraram e acrescentaram dispositivos ao CPC, entre elas as Leis 5.925/73, 9.307/96, 8.950/1994, 10.352/2001, 11.232/2005 e 11.276/2006.

E, depois de mais de quarenta anos de vigência do CPC de 1973, foi sancionado o novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 –, que entrará em vigor no dia 17 de março de 2016, um ano após a sua publicação, conforme *vacatio legis* prevista no seu art. 1.045. O novo CPC visa à recodificação das leis processuais, seja por força das inúmeras leis reformadoras introduzidas no sistema processual a partir dos anos noventa, seja com vistas à sua melhor adequação às exigências da sociedade de uma prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

3 O EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO NO CPC DE 1973

A apelação é o primeiro e mais genérico recurso previsto pelo Código de Processo Civil, sendo tratada como o recurso padrão, tendo em vista que a sua disciplina se aplica, no que for cabível, também aos demais recursos¹²⁵.

A oportunidade que o recurso de apelação abre – mais do que qualquer outro recurso – ao exercício de ampla atividade cognitiva pelo órgão *ad quem*, permite considerá-lo, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, “como o principal instrumento por meio do qual atua o princípio do duplo grau de jurisdição”¹²⁶. O prestígio e a importância do recurso de apelação são evidenciados, sobretudo, pela constância com que os ordenamentos dos mais

¹²³ JORGE, Flávio Cheim. **Apelação cível: teoria geral e admissibilidade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

¹²⁴ JORGE, Flávio Cheim. **Apelação cível: teoria geral e admissibilidade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 8 ed. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 529.

¹²⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 406.

diversos povos incluem a apelação, ou figura análoga, em lugar de relevo no elenco dos remédios destinados à impugnação das decisões judiciais¹²⁷.

Um dos pontos mais sensíveis do estudo do recurso de apelação, especialmente frente à edição de um novo Código de Processo Civil, é referente aos efeitos atinentes ao recurso, com destaque para os efeitos suspensivo e devolutivo.

No presente artigo busca-se analisar, especificadamente, o efeito devolutivo da apelação cível no CPC de 1973 e no novo CPC.

O efeito devolutivo¹²⁸ consiste na devolução da matéria impugnada ao conhecimento do órgão *ad quem*, a fim de que seja realizado o reexame da decisão recorrida. Por meio do efeito devolutivo, a instância revisora recebe a autorização para reavaliar o ponto enfrentado pela decisão recorrida¹²⁹. Trata-se de manifestação do princípio dispositivo, relacionado aos arts. 128¹³⁰ e 460¹³¹ do CPC de 1973, na medida em que o juízo destinatário do recurso somente poderá julgar o que o recorrente tiver requerido nas suas razões de recurso, encerradas com o pedido de nova decisão¹³².

Todo recurso possui efeito devolutivo¹³³, mas é na apelação que as suas ricas dimensões se expressam, fundamentalmente¹³⁴. É possível que alguns recursos não deem

¹²⁷ Ovídio A. Baptista da Silva ressalta que “a *apelação* é, sem dúvida, o recurso por excelência, não só por ser o mais antigo, já existente no direito romano, como por sua universalidade, comum a todos os ordenamentos modernos que descendam do direito romano-canônico, e também por ser o recurso de *efeito devolutivo* mais amplo, ensejando ao juízo *ad quem*, quando ele seja interposto contra uma sentença de mérito, o reexame integral das questões suscitadas no primeiro grau de jurisdição, com exceção daquelas sobre as quais se tenha verificado preclusão. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 8 ed. vol. 1, tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 331.

¹²⁸ Alcides de Mendonça Lima entende que, pelo sentido ambíguo que o termo devolução acarreta, melhor seria a sua substituição pelo termo ‘efeito de transferência’. O termo transferência indicaria a verdadeira acepção técnica do antigo termo ‘devolução’. LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 287.

¹²⁹ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. Anotações quanto ao efeito devolutivo nos recursos excepcionais. **Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 39, n. 2, p. 265, jul./dez. 2013.

¹³⁰ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

¹³¹ Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

¹³² NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 401. Para Rodrigo Barioni, em obra específica sobre o tema, “pode-se conceituar efeito devolutivo como o dever de julgamento, por parte de algum órgão do Poder Judiciário, proporcionado por meio da interposição de recurso admissível, para apreciação de determinadas matérias objeto do recurso, bem como daquelas cuja apreciação se faz por força de lei”. BARIONI, Rodrigo. **Efeito devolutivo da apelação cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.

¹³³ Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 403; ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 246 e 250; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. v. 3. 12 ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 81; PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 34; LIMA, Alcides de

ensejo ao duplo grau de jurisdição, como é o caso do recurso inominado do art. 41 da Lei nº 9.099/95, sem embargo de produzir o reexame da matéria impugnada, também se submetendo à regra do efeito devolutivo, existente em todos os recursos¹³⁵.

Entre os recursos existentes no processo civil brasileiro, a apelação é o que tem maior âmbito de devolutividade, permitindo a impugnação de qualquer vício da sentença, seja vício de forma (*error in procedendo*) ou vício de julgamento (*error in iudicando*). A finalidade do apelo é a reforma ou anulação da sentença, podendo ser utilizada para a correção de injustiças e para o reexame das provas¹³⁶.

O efeito devolutivo reclama análise sob duas perspectivas diferentes, mas complementares. Primeiro, no plano horizontal, referente à sua extensão, e segundo, no plano vertical, no tocante à profundidade da devolução. Conforme lição de José Carlos Barbosa Moreira, delimitar a extensão do efeito devolutivo é “precisar *o que* se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar *com que material* há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar”¹³⁷.

Relativamente ao plano horizontal, o *caput* do art. 515 do CPC de 1973 dispõe sobre a extensão do efeito devolutivo, ao estabelecer que “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”. Assim, o efeito devolutivo da apelação é limitado à

Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 290. Nessa linha, Rodrigo Barioni dispõe que “o efeito devolutivo constitui elemento indispensável, precípuo a todos os recursos, uma vez que a função desses meios de impugnação às decisões judiciais é exatamente propiciar uma nova decisão por algum órgão do Poder Judiciário. Não importa, aqui, se o recurso é limitado, como os embargos de declaração, ou amplo, como a apelação, ou destinado ao mesmo órgão que proferiu a decisão atacada ou a órgão hierarquicamente superior. O único aspecto relevante é a oportunidade de obter-se novo pronunciamento do Poder Judiciário sobre a questão”. BARIONI, Rodrigo. **Efeito devolutivo da apelação cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43. Com o mesmo entendimento, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina afirmam que “o efeito devolutivo é aquele em virtude do qual o conhecimento da matéria é devolvido ao órgão julgante, seja superior àquele do qual emanou a decisão, seja ao próprio órgão prolator da decisão”. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 101. Em sentido contrário, José Carlos Barbosa Moreira entende que inexistente “recurso totalmente desprovido de efeito devolutivo, com ressalva dos casos em que o julgamento caiba ao mesmo órgão que proferiu a decisão recorrida”. E acrescenta que “quando a lei, a título de exceção, atribui competência ao próprio órgão *a quo* para reexaminar a matéria impugnada, o efeito devolutivo ou não existe (como nos embargos de declaração), ou fica *diferido*, produzindo-se unicamente *após* o juízo de retratação: assim no agravo retido”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 260/261. Grifos do autor. Também em sentido contrário, referindo que o efeito devolutivo é ausente nos embargos de declaração, é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Processo de conhecimento**. 8 ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 524.

¹³⁴ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 246.

¹³⁵ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 251.

¹³⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 405.

¹³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 429. Grifos do autor.

matéria objeto de impugnação na apelação, sendo proibido o julgamento pelo tribunal de matéria alheia àquela objeto do apelo. Segundo Araken de Assis, “a regra evidencia a estreita relação entre a iniciativa da parte, na interposição da apelação, e os limites impostos ao julgamento do apelo no órgão *ad quem*. É a plausível justificativa da velha parêmia *tantum devolutum quantum appellatum*, ou princípio da personalidade”¹³⁸.

Relacionam-se à extensão do efeito devolutivo da apelação os seguintes princípios: impossibilidade de inovar a causa em sede de apelação; limitação da atividade cognitiva do tribunal à(s) parte(s) da sentença que haja(m) sido objeto de impugnação; e a proibição da *reformatio in peius*¹³⁹.

No que toca ao plano vertical, os §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC de 1973 regram a profundidade do efeito devolutivo, ao determinar que “serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro” e “quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”. O plano vertical relaciona-se, portanto, aos fundamentos deduzidos no recurso de apelação.

Nesse ponto, o problema do efeito devolutivo consiste em determinar em que medida competirá ao tribunal a apreciação de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, referentes aos fundamentos do pedido ou da defesa, sempre dentro dos limites da matéria impugnada¹⁴⁰.

Com efeito, preservada a imutabilidade da causa de pedir, é ampla, em profundidade, a devolução do apelo. Não se cinge às questões efetivamente decididas na sentença, mas abrange também as questões que poderiam ter sido apreciadas na sentença, aí compreendidas as questões passíveis de apreciação de ofício e as questões que, não sendo passíveis de exame de ofício, deixaram de ser apreciadas, a despeito de haverem sido suscitadas e discutidas pelas partes¹⁴¹.

Assim, tendo o recorrente, por exemplo, postulado apenas a reforma parcial do julgado, o tribunal, não ultrapassando esse limite de extensão, poderá analisar todo e qualquer fundamento, provas e demais elementos contidos nos autos, ainda que não abordados na

¹³⁸ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 426.

¹³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 432.

¹⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 445.

¹⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 445.

sentença recorrida. Conforme bem referido por Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, “poderá o tribunal, em profundidade, analisar todo o material constante dos autos, limitando-se, sempre, à extensão fixada pelo recorrente”¹⁴².

Não obstante, se o fundamento tiver sido examinado pela sentença, deverá o recorrente impugná-lo na apelação, sob pena de preclusão. O § 2º do art. 515 do CPC de 1973 cuida das questões não decididas pela sentença, de forma que as questões efetivamente decididas devem ser impugnadas, sob pena de apenas as questões impugnadas subirem ao tribunal¹⁴³.

Portanto, “enquanto a *extensão* é fixada pelo recorrente, a *profundidade* decorre de previsão legal”¹⁴⁴.

O tribunal, em princípio, não deve avançar no exame das matérias não decididas ainda em primeiro grau, pois isso violaria o princípio do duplo grau de jurisdição. No entanto, essa ideia cede espaço à regra do § 3º do art. 515 do CPC de 1973, que autoriza que o tribunal, afastando questão preliminar em que se baseou o juízo *a quo* para extinguir o processo, examine desde logo o mérito da demanda, sem restituir o processo para novo julgamento pela primeira instância. Para tanto, é necessário que a causa esteja “madura” para julgamento¹⁴⁵, ou seja, que verse questão exclusivamente de direito e esteja em condições de

¹⁴² DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 12 ed. vol. 3. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 106.

¹⁴³ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 12 ed. vol. 3. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 106/107.

¹⁴⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 12 ed. vol. 3. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 106. Nessa linha, Rodrigo Barioni preconiza que “como decorrência da voluntariedade inerente à apelação, cumpre ao apelante fixar a *matéria impugnada*, que delimitará a extensão do efeito devolutivo do recurso de apelação. Em outras palavras, cabe exclusivamente ao apelante delimitar as matérias que serão objeto de julgamento pelo órgão *ad quem* – em virtude da ampla aplicação do princípio dispositivo no plano dos recursos –, salvo aquelas que, por sua natureza, possam ser apreciadas *ex officio*. As questões dispositivas que deixarem de ser impugnadas na apelação escapam, do ponto de vista da extensão, ao âmbito de cognição do tribunal”. BARIONI, Rodrigo. **Efeito devolutivo da apelação cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.92.

¹⁴⁵ Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart salientam que “somente se admite que o tribunal, afastando sentença terminativa, avance no exame do mérito quando esta apreciação não implique ofensa a garantias como as do acesso à justiça, do contraditório, da ampla defesa ou do devido processo legal. Somente, portanto, quando as partes não tiverem mais *alegações* ou *provas* a serem produzidas – e relevantes para influir no convencimento do Judiciário –, pode-se ter por cabível a aplicação do dispositivo em questão”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 8 ed. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 537.

imediate julgamento¹⁴⁶. Tal dispositivo legal, inserido no CPC de 1973 pela Lei nº 10.352/2001, ampliou o efeito devolutivo da apelação¹⁴⁷.

Nesse ponto, Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart afirmam que

somente se admite que o tribunal, afastando sentença terminativa, avance no exame do mérito quando esta apreciação não implique ofensa a garantias como as do acesso à justiça, do contraditório, da ampla defesa ou do devido processo legal. Somente, portanto, quando as partes não tiverem mais alegações ou provas a serem produzidas – e relevantes para influir no convencimento do Judiciário –, pode-se ter por cabível a aplicação do dispositivo em questão¹⁴⁸.

Portanto, o tribunal não pode fazer uso da regra do § 3º do art. 515 do CPC se a causa exigir dilação probatória, sob pena de cerceamento de defesa. Contudo, quando já concluída a instrução probatória, poderá julgar desde logo o mérito. Admite-se, ainda, mesmo nos casos em que a questão não versar sobre matéria exclusivamente de direito, mas esteja com instrução probatória completa ou dela prescindida para o deslinde da controvérsia, a

¹⁴⁶ Art. 515, § 3º do CPC: Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. Corresponde, mais abrangente, no projeto do NCPC, o § 3º e 4º do art. 1.026: § 3º Se a causa estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I – reformar sentença fundada no art. 495; II – decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III – constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV – decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação. § 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau. Para Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz, a exceção do § 3º do art. 515 do CPC, que demonstra o potencial alargamento do efeito devolutivo do recurso de apelação, não tem o condão de descaracterizar a constitucionalidade do duplo grau, muito embora seja reconhecido que tal previsão o mitiga em prol de outros princípios. PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 151.

¹⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 430. No mesmo sentido: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 151; SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 8 ed. v. 1, tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 334. Para Cassio Scarpinella Bueno, a hipótese do § 3º do art. 515 é inegavelmente relacionada ao efeito expansivo dos recursos, e não ao efeito devolutivo, na medida em que o dispositivo se ocupa das consequências do julgamento. E ressalta que entender tal dispositivo como manifestação do efeito devolutivo ou do efeito translativo seria sustentar que a aplicação do § 3º do art. 515 pressupõe, sempre e em qualquer caso, pedido do recorrente, o que não se admite. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 5. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 112. Já Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha entendem que “o julgamento do mérito diretamente pelo tribunal não é consequência do efeito devolutivo do recurso, até porque ele ocorre após o julgamento do recurso – é um outro efeito da apelação, já denominado *efeito desobstrutivo* do recurso”. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. v. 3. 12 ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 108. Grifo do autor.

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Processo de conhecimento**. 8 ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 537.

aplicação do § 3º do art. 515 do CPC¹⁴⁹. Nesse sentido, Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz evidenciam o problema hermenêutico decorrente da utilização da expressão “causa exclusivamente de direito” como requisito à aplicação do dispositivo. A sua interpretação deve se aproximar da figura do julgamento antecipado da lide, de forma que a grande exigência para a aplicação do § 3º deve ser o esgotamento da atividade instrutória do primeiro grau. Se, “mesmo versando sobre fatos e direito, já foram produzidas as provas suficientes para aclarar a matéria fática, não há razão para se retroceder na marcha processual”¹⁵⁰. Assim, “a nova regra tem a mesma abrangência e a finalidade prevista no art. 330, I, do CPC, podendo ser denominada de julgamento antecipado da lide em âmbito recursal”¹⁵¹.

Portanto, embora o texto legal limite a hipótese à controvérsia de direito, o fato de agregar (*e*) o requisito de estar a causa em condições de julgamento autoriza a aplicação da previsão às demandas em que, mesmo havendo controvérsia de fato(s), esse ou esses estejam devidamente provados, ou porque a prova é exclusivamente documental, ou porque a dilação probatória foi exercida em todos os seus termos.

4 O EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO NO CPC DE 2015

Da análise do novo CPC, arts. 1.009 a 1.014, verifica-se a inexistência de alterações relevantes em relação ao efeito devolutivo da apelação. O novo CPC não apresenta qualquer limitação ou redução deste efeito. Pelo contrário, houve uma ampliação do efeito devolutivo da apelação, tendo em vista que “as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou

¹⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 407. No mesmo sentido: ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 435; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. v. 3. 12 ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 111; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 174. Nesse ponto, José Carlos Barbosa Moreira refere que “teria sido preferível que se adotasse aqui, com as devidas adaptações, a fórmula relativa ao julgamento antecipado da lide, constante do art. 330, nº I: ‘quando a questão suscitada no recurso for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de outras provas’”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 431. Em sentido contrário APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 157.

¹⁵⁰ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 152.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Novos contornos do efeito devolutivo do recurso de apelação. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1007.

nas contrarrazões”¹⁵². A regra se impõe como forma de suprir omissão no trato das decisões interlocutórias, que passam a ser objeto de agravo de instrumento, conforme art. 1.015 da Lei n. 13.105/15, onde são as mesmas identificadas, uma a uma, compreendendo-se tal rol como taxativo, salvo se o próprio CPC ou lei extravagante pontualmente tratar da incidência deste recurso.

Há, portanto, alteração do regime da preclusão temporal, uma vez que, à exceção das hipóteses expressamente previstas no referido art. 1.015¹⁵³, as decisões interlocutórias não serão recorríveis de imediato, mas apenas quando for interposto o recurso de apelação. Com isso, ocorrerá a ampliação do efeito devolutivo da apelação, por não estarem sujeitas à preclusão as questões resolvidas incidentalmente na fase cognitiva¹⁵⁴. Conforme referido na Exposição de Motivos do Anteprojeto do NCPC, propõe-se modificar apenas o momento da impugnação, pois o momento de julgamento permanece o mesmo¹⁵⁵.

A apelação, no novo CPC, permanece tendo ampla devolutividade, permitindo a impugnação de qualquer vício da sentença, seja vício de forma (*error in procedendo*), ou vício de julgamento (*error in iudicando*).

O efeito devolutivo da apelação, previsto no art. 515 e seus parágrafos do CPC de 1973, é mantido no novo CPC, tanto no que diz respeito à sua extensão, quanto no que pertine à sua profundidade, com alguma ampliação.

Assim dispõe o art. 1.013 do novo CPC, equivalente ao art. 515 do CPC de 1973:

¹⁵² Nesse sentido é o teor do art. 1.009 do novo CPC:

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas. § 3º O disposto no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integrarem capítulo da sentença.

¹⁵³ Assim dispõe o art. 1.015 do Novo CPC:

Art. 1015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I – tutelas provisórias; II – mérito do processo; III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV – incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI – exibição ou posse de documento ou coisa; VII – exclusão de litisconsorte; VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII – VETADO; XIII – outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

¹⁵⁴ ARAÚJO, José Henrique Mouta. Decisão interlocutória de mérito no projeto do novo CPC: reflexões necessárias. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (coords.). **O projeto do novo Código de Processo Civil**: estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 225.

¹⁵⁵ Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em 27.10.2012.

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
 § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I – reformar sentença fundada no art. 485;

II – decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III – constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV – decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

§ 5º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação.

Nota-se que o *caput* do art. 1.013 do novo CPC – regra geral do efeito devolutivo pela qual é devolvida ao conhecimento do órgão *ad quem* a matéria efetivamente impugnada pelo recorrente – reproduz a íntegra do quanto contido no *caput* do art. 515 do CPC de 1973.

O § 1º do art. 1.013 do novo CPC, que trata da profundidade do efeito devolutivo da apelação, é equivalente ao § 1º do art. 515 do CPC de 1973, com a ressalva de que apenas as questões relativas ao capítulo impugnado não solucionadas na sentença serão objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal.

O § 2º do art. 1.013 do novo CPC corresponde à literalidade do § 2º do art. 515 do CPC de 1973. Mantém-se, portanto, a ampla profundidade da devolução do apelo, sempre dentro dos limites da matéria impugnada.

O § 3º do art. 1.013 do novo CPC corresponde ao § 3º do art. 515 do CPC de 1973, com ampliação das hipóteses em que o tribunal fica autorizado a julgar, desde logo, o mérito da lide, ou seja, com ampliação do efeito devolutivo da apelação.

A redação do dispositivo do CPC de 1973 refere que “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

Assim, os requisitos trazidos pelo § 3º do art. 515 do CPC de 1973 são: (i) apelação interposta contra sentença terminativa; (ii) a causa versar sobre questão exclusivamente de direito; e (iii) condições de imediato julgamento (causa madura para julgamento).

Não obstante, como visto, a doutrina admite a aplicação do § 3º do art. 515 mesmo nos casos em que a questão não versar sobre matéria exclusivamente de direito, mas esteja com instrução probatória concluída ou dela prescindida.

Neste ponto, o novo CPC adequou, de forma correta, a redação do dispositivo legal a este entendimento já consagrado pela doutrina e também pela jurisprudência, na medida em que não mais refere o requisito da causa versar exclusivamente sobre questão de direito. Basta que a causa esteja em condições de imediato julgamento, independentemente da matéria objeto de discussão no processo.

Além disso, o novo CPC não traz a exigência, para o julgamento do mérito diretamente pelo tribunal, de que o processo tenha sido extinto sem resolução de mérito, não limitando a sua aplicação às sentenças terminativas. Pelo contrário, tal previsão é expressa no inciso I do § 3º do art. 1.013, de forma que se trata de apenas uma de suas hipóteses de aplicação.

Contudo, a ausência de tal requisito, existente no § 3º do art. 515 do CPC de 1973, também não se trata de surpresa, haja vista que, embora o referido dispositivo legal faça referência apenas aos casos em que a sentença extinguir o processo, sem julgamento de mérito, vigora o entendimento, na vigência do CPC de 1973, de que o julgamento pelo tribunal também será possível quando a sentença apreciar o mérito.

Isto porque, mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 10.352/2001, que introduziu o § 3º ao art. 515 do CPC de 1973, já se entendia pela possibilidade de o tribunal, ao afastar, no julgamento da apelação, a ocorrência da prescrição ou decadência reconhecida pela sentença, prosseguir com o julgamento mediante a análise do mérito da demanda, desde que o processo estivesse maduro para julgamento.

Tal situação foi contemplada expressamente pelo novo CPC, que não mais faz referência às sentenças terminativas na regra geral do dispositivo, trazendo-as apenas como uma das hipóteses para a sua aplicação. Mas não apenas. O § 4º do art. 1.013 prevê justamente a possibilidade de o tribunal julgar diretamente o mérito quando reformar sentença que reconheça a prescrição ou a decadência.

Alinhado está o novo CPC, portanto, ao entendimento já consagrado pela doutrina e jurisprudência.

O § 3º do art. 1.013 do novo CPC ainda prevê outras três novas hipóteses em que o tribunal, se a causa estiver madura para julgamento, deverá decidir desde logo o mérito: quando decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir (inciso II); quando constatar a omissão no exame de um dos pedidos,

hipótese em que poderá julgá-lo (inciso III); e quando decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação (inciso IV).

As hipóteses dos incisos II e III dizem respeito ao princípio da demanda ou princípio dispositivo, previsto nos arts. 128 e 460 do CPC de 1973, pelo qual a sentença deve corresponder ao que foi pedido, na medida em que é a parte autora que fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial, cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. Trata-se da regra da congruência entre a sentença e o pedido.

No inciso II se inserem os casos de sentença *extra petita*, que é aquela que julga fora do pedido, ou seja, que concede ao autor pedido de natureza ou objeto diverso do que lhe foi demandado, bem como a sentença *ultra petita*, que é aquela que vai além do pedido, condenando o réu em quantidade superior da requerida pelo autor.

No inciso II poderia ser considerada também a hipótese da sentença *infra* ou *citra petita*, que é aquela que não aprecia integralmente o pedido ou algum dos pedidos cumulados, porquanto essa sentença também desrespeita a regra da congruência entre a sentença e os pedidos e a causa de pedir. Contudo, o legislador optou por incluir essa hipótese no inciso III do § 3º do art. 1.013, autorizando o tribunal a julgar desde logo o pedido sobre o qual a sentença se omitiu.

Cabe referir que o *caput* do art. 460 do CPC de 1973 tem correspondência no novo CPC no art. 492, que assim dispõe: “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

E o art. 128 do CPC de 1973, por sua vez, é contemplado no art. 141 do novo CPC, com o seguinte teor: “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”.

Portanto, não há alteração pelo novo CPC na regra da congruência entre a sentença e o pedido, decorrente do princípio da demanda.

Parte da doutrina já defendia, na vigência do CPC de 1973, que em qualquer dos casos de quebra da regra da congruência – sentença *extra*, *ultra* ou *infra petita* – o tribunal, no julgamento do recurso de apelação, poderá desde logo corrigir o vício e prover sobre o mérito, nos termos do § 3º do art. 515 do CPC de 1973¹⁵⁶. Por outro lado, outros entendem que a sentença que julga fora do pedido, ao conceder pedido de natureza ou objeto diverso do pedido, é nula, devendo outra ser proferida pelo juiz de primeiro grau, ao passo que a sentença

¹⁵⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. v. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 148.

que julga além do pedido poderia ser desde já corrigida para menos pelo tribunal, sendo adequada aos limites do pedido do autor¹⁵⁷.

O tema, que não se apresenta de forma pacífica na doutrina, e tampouco na jurisprudência, restou solucionado no novo CPC, que autoriza, de forma expressa, o julgamento pelo tribunal do mérito, quando reconhecida a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir, evitando a restituição dos autos ao primeiro grau para que nova sentença seja prolatada.

Ainda, o inciso IV, de forma inovadora, autoriza o tribunal a decidir sobre o mérito quando decretar a nulidade da sentença por falta de fundamentação. Aqui, mais uma vez, a intenção do legislador é imprimir efetividade ao processo¹⁵⁸. Por outro lado, não deixa a proposição de representar um freio à melhor aplicabilidade da regra do art. 489, § 1º, do novo CPC, na medida em que o magistrado de primeiro grau tem sua responsabilidade minimizada, já que o tribunal estará, independentemente da fundamentação precária ou insuficiente, autorizado a aproveitar a sentença e adentrar no mérito do recurso para manter ou reformar a decisão recorrida.

A inclusão dessas hipóteses justifica a razão pela qual as sentenças de mérito também ficam sujeitas a aplicação deste dispositivo legal.

Mas uma coisa é certa: para a aplicação do referido dispositivo legal, em qualquer uma de suas hipóteses, a causa deverá estar em condições de imediato julgamento, ou seja, a dilação probatória deve estar concluída ou ser dispensável para o julgamento da demanda.

Assim, no que toca ao efeito devolutivo da apelação, o novo CPC não apresenta qualquer limitação ou redução deste efeito. Houve uma ampliação do efeito devolutivo da apelação, na medida em que foram ampliadas as hipóteses em que o tribunal pode desde logo julgar o mérito da apelação, quando a causa estiver em condições de imediato julgamento (art.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Processo de conhecimento**. 8 ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 418. Nesse ponto, Cassio Scarpinella Bueno entende que “nos casos de excesso de sentença, isto é, de julgamento *ultra* ou *extra petita*, sua correção significará, na medida do possível, e desde que isso não acarrete supressão de instância, a *redução* ao que e por que foi pedido pelas partes que participaram do contraditório. No caso de julgamento *infra* ou *citra petita*, a correção poderá ser efetivada pela *complementação* do julgado, desde que haja condições para tanto (prova produzida em contraditório). Têm incidência, na hipótese, não só o art. 535, II, mas, também, o art. 515, § 1º”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 360/361. Grifo do autor.

¹⁵⁸ A ampliação das hipóteses em que o tribunal pode julgar desde logo o mérito, se por um lado imprime celeridade e tempestividade ao processo, por outro autoriza que o juízo recursal “substitua” o juízo de primeiro grau, fugindo da ideia de reexame da causa, na medida em que confere poderes para o tribunal decidir sobre matérias não apreciadas pela sentença.

1.013, § 3º), bem como por não estarem sujeitas à preclusão as questões resolvidas na fase cognitiva (§ 1º do art. 1.009).

Nesse ponto, Ovídio Baptista da Silva, muito antes de se falar em um projeto de novo CPC, assim dispôs:

Embora seja unânime a compreensão de que o imenso caudal de recursos seja o principal fator para o emperramento da máquina judiciária, podemos estar seguros de que não teremos como livrar-nos do mal. Todos concordam em que se deveria impor uma severa revisão do sistema recursal, de modo a limitar drasticamente seu número e, especialmente quanto à apelação, os limites e seu efeito devolutivo. Apesar do consenso, podemos apostar em que o sistema será mantido¹⁵⁹.

O sábio apontamento do saudoso Professor Ovídio Baptista da Silva hoje se confirma no novo CPC, na medida em que sequer é cogitada a limitação do efeito devolutivo da apelação, muito embora a intenção do legislador, ao formatar um novo Código de Processo Civil, seja de revisão do sistema recursal a fim de imprimir maior celeridade aos processos.

A apelação, tanto no CPC de 1973 como no novo CPC, permite não apenas a rediscussão do direito, como também o amplo reexame dos fatos e provas produzidas no processo. Conforme bem referido por Daniel Mitidiero,

(...) no nosso sistema há evidente sobreposição de funções: os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça encontram-se funcionalmente sobrepostos aos respectivos juízos de primeiro grau. Isso se deve à extensão do efeito devolutivo e do efeito translativo da apelação, que permite a revisão total da sentença de primeiro grau. *Como resultado, os juízos de primeiro grau constituem apenas uma fase destinada à colheita da prova*¹⁶⁰.

Nesse cenário, o sistema processual civil alimenta profunda desvalorização das decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau. A apelação permite a ampla revisão da sentença e, muitas vezes, os tribunais prolatam novas decisões, ignorando por completo o teor da sentença, ao invés de realizar o simples reexame. A primeira instância não significa propriamente um grau de jurisdição, mas simples etapa preparatória à verdadeira decisão da

¹⁵⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 243.

¹⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma na justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. **Revista de Processo**. Ano 36, v. 199, set/2011, p. 90. Grifo no original.

causa pelo tribunal¹⁶¹. Enquanto não houver uma clara política judiciária e legislativa de prestígio às decisões de primeiro grau de jurisdição, devemos renunciar à ilusão da efetividade da jurisdição¹⁶².

Ainda com Ovídio Baptista da Silva,

o recurso constitui necessariamente a expressão de uma desconfiança no julgador. Desconfiança no magistrado que decidira, porém confiança nos estratos mais elevados da burocracia judicial. Os recursos são, ao mesmo tempo, expressão de desconfiança no magistrado de grau inferior, e esperança depositada nos escalões superiores da hierarquia judicial, até que se atinja seu grau mais elevado, contra cujas sentenças não mais caiba recurso¹⁶³.

Uma forma de prestigiar-se a sentença de primeiro grau seria a abolição da regra do efeito suspensivo da apelação, permitindo-se a execução provisória da sentença na pendência de recurso de apelação, o que não é objeto de estudo neste ensaio.

Outra seria por meio da limitação do efeito devolutivo da apelação. Mauro Cappelletti, por ocasião da reforma do processo civil italiano, apresentou parecer ao Poder Legislativo italiano, no final da década de 1960, sustentando que a apelação deveria ser limitada à apreciação da matéria de direito, restringindo-se a apreciação dos fatos e provas aos juízes de primeira instância, a fim de valorizar as decisões de primeira instância. O autor italiano sustentava que o primeiro grau de jurisdição era apenas uma longa fase de espera, uma espécie de aborrecida, extenuante e penosa antecâmara, para chegar finalmente ao juízo de apelação¹⁶⁴. No mesmo sentido sustentou Vittorio Denti ao tempo da reforma do Código de Processo Civil italiano¹⁶⁵. Daniel Mitidiero, recentemente, quando já tramitava no Congresso Nacional o projeto do NCPC, assim se manifestou:

O primeiro grau de jurisdição deve, a princípio, ser soberano na valorização da prova. Um sistema que realmente leve a sério a eficiência na sua organização e a oralidade não pode submeter à revisão do Tribunal o juízo de fato. É antieconômico

¹⁶¹ MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma na justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. **Revista de Processo**. Ano 36, v. 199, set/2011, p. 92.

¹⁶² CLAUS, Ben-Hur Silveira; LORENZETTI, Ari Pedro *et all*. A função revisora dos tribunais – a questão da valorização das decisões de primeiro grau – uma proposta de lege ferenda: a sentença como primeiro voto no colegiado. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região**. Porto Velho, v. 6, n. 2, jul./dez. 2010, p. 613.

¹⁶³ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 239.

¹⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Parecer iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano. **Giustizia e Società**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 116.

¹⁶⁵ DENTI, Vittorio. Riforma o controriforma del processo civile? **Un progetto per la giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 1982, p. 288.

e não é coerente. Ao juiz de primeiro grau tem de ser deferido o poder de decidir de forma soberana a respeito da valoração da prova. Tem que se limitar o efeito devolutivo e o efeito translativo da apelação. (...)

Apenas excepcionalmente devem os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça rever a valoração da prova (por exemplo, em caso de sentença claramente contrária à prova dos autos, ausência de utilização de modelo de prova adequado ou violação de normas sobre o ônus da prova)¹⁶⁶.

Assim, diante da realidade atual de aprovação de um novo Código de Processo Civil, a quebra do paradigma do sistema revogado, mediante a instituição de um filtro recursal à apelação, tal como a exigência da repercussão geral da questão constitucional para o recurso extraordinário, a fim de limitar a extensão do seu efeito devolutivo, seria uma alternativa na busca do processo efetivo, adequado e tempestivo, embora se anteveja a dificuldade até de abrir o diálogo, na própria comunidade jurídica, sobre tema que já nasce como polêmico.

5 ALINHAMENTOS SOBRE (POSSÍVEIS) FILTROS NO RECURSO DE APELAÇÃO OU LIMITES AO SEU EFEITO DEVOLUTIVO

Não se ignora que, se de um lado, a valorização dos juízos de primeiro grau e consequente redução do espaço recursal ganha em efetividade e tempestividade, perde, de outro, em relação à segurança jurídica e até ao eventual tratamento isonômico, garantias comuns a uma sociedade globalizada e marcada pela força do consumismo, dando margem ao fenômeno do conflito repetitivo¹⁶⁷.

Pontuando, porém, o debate exclusivamente no âmbito do conflito subjetivo e individual, seria possível alinhar alguns filtros recursais, limitando o âmbito do recurso de apelação, se mais não for para abrir uma discussão que se impõe e que tem como principal mote a (re)valorização dos juízos de primeiro grau, o que se dá ou pode se dar por dois vieses: limitar a devolução das questões decididas ou limitar a própria incidência do recurso. Ambas as soluções trabalham no mesmo sentido e, certamente, configuram marcos definidores de uma reforma do sistema.

O modelo vigente – com a significativa ampliação do efeito devolutivo, certamente assegurado pelo princípio do duplo grau de jurisdição – poderia conviver, sem qualquer

¹⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma na justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. **Revista de Processo**. Ano 36, v. 199, set/2011, p. 93/94.

¹⁶⁷ Sobre a (necessária) distinção entre o tratamento processual a ser dado ao conflito individual subjetivo e ao conflito repetitivo, remete-se o autor para MACEDO, Elaine Harzheim. Novos conflitos e o processo adequado: o conflito repetitivo e as soluções processuais. In: ALVIM, Arruda *et al.* **Execução civil e temas afins do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis**. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2014, p. 278-292.

ofensa aos valores maiores do processo, como o contraditório e a ampla defesa – com outro modelo, mais restritivo, prevendo alguns filtros recursais, limitando a incidência do recurso de apelação. Aliás, algumas dessas hipóteses já encontram espaços no ordenamento vigente, ainda que enclausuradas em determinados microsistemas.

A proposta que segue é apenas a título de abertura da discussão, merecendo, por certo, uma a uma, um grau de aprofundamento que os limites deste trabalho não autorizam:

a) A primeira hipótese parte da própria distinção que o Código faz quanto às sentenças proferidas em sede de julgamento antecipado (art. 330, inciso I, do CPC de 1973 e art. 355, inciso I, do novo CPC¹⁶⁸) e as proferidas depois de exaurida a fase probatória.

a.1) O julgamento antecipado pressupõe a dispensa de produção de prova ou porque o conflito fático se exaure na interpretação do direito material ou os fatos (importantes) que fundamentam a lide estão documentalmente demonstrados. A apelação, nesses casos, pode investir ou contra o procedimento, alegando cerceamento de defesa tendo em vista que a hipótese não era de dispensa de dilação probatória, ou contra o conteúdo da decisão, que aplicou indevidamente o direito ao caso concreto.

Pois bem, na primeira hipótese, sugere-se a adoção de um filtro recursal ao efeito de só conhecer o recurso se o apelante apontar especificamente, no preâmbulo do recurso, quais os fatos que seriam importantes, porque seriam importantes, e qual o específico meio de prova pretendido. O não preenchimento desse requisito levaria à inadmissibilidade do recurso.

No segundo caso, tratando tipicamente de reexame de direito (fatos incontroversos *versus* avaliação e enquadramento jurídico dos fatos), o duplo grau de jurisdição se sobrepõe e o apelo não estaria sujeito a filtros recursais.

a.2) Tratando-se, porém, de sentença proferida em sede de dilação probatória, vedar o reexame da avaliação da prova é proposta que escapa os limites territoriais brasileiros, conforme antes já exposto neste trabalho, e poderia ser um caminho a ser adotado, embora, admite-se, o passo é muito ousado para a consciência jurídica predominante, ainda muito presa aos vetores do Estado liberal, do juiz como boca da lei e do fetiche de que a solução de todos os problemas está na lei.

b) Outro alinhamento pode ser a partir do próprio direito material, a exemplo do direito de família, estabelecendo-se freios à provocação do segundo grau de jurisdição, com a introdução de requisitos especiais para conhecimento do recurso. As demandas de direito de família são substancialmente baseadas em controvérsias fáticas e indubitavelmente o contato

¹⁶⁸ Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I – não houver necessidade de produção de outras provas.

direto com as partes e todos aqueles que estão muito próximos ao conflito baliza a decisão de primeiro grau, legitimando-a. Não é por outra razão que em sede de direito de família já há uma política pretoriana (que a doutrina também recomenda) acentuada no sentido de ponderação das regras de direito material e processuais incidentes, estabelecendo-se certa quebra de paradigma, como a própria inversão do ônus da prova, a relativização da coisa julgada, a conceituação de testemunhas impedidas ou suspeitas, etc.

Propõe-se, destarte, que a apelação em casos tais só deveria ser admitida se a parte recorrente alegasse e demonstrasse cláusula de lesão grave. A cláusula de lesão grave já é contida em nosso ordenamento jurídico e, depois da reforma de 2005, foi inserida como filtro recursal do agravo de instrumento. Não foi, porém, bem compreendida pelos nossos operadores que ou deixaram de aplicá-la, quase a ignorando, ou simplesmente a interpretaram de maneira equivocada, fazendo com que os autores do anteprojeto do NCPC a abandonassem de vez. Mas a fragilidade que se detectou não está na sua previsão, e sim na sua compreensão, o que autoriza a provocação de sua retomada, quiçá com melhor previsão legislativa e, certamente, prévio debate da comunidade jurídica.

c) Quando o recurso investe apenas contra parte da sentença, atrelar o seu conhecimento ao pronto e espontâneo cumprimento da parte não recorrida, a ser demonstrado pelo próprio recorrente. A medida é, no mínimo, coerente com a litigância de boa-fé, dever processual, a exemplo da postura que se exige dos contratantes em sede de direito material. Já há regras semelhantes no ordenamento jurídico vigente, quando se exige daquele que impugna o cumprimento da sentença ou do executado embargante, quando a oposição se dá relativamente ao excesso da execução, que apresentem desde logo o valor devido. No caso ora proposto, a parte da sentença não recorrida qualificou-se pela indiscutibilidade da coisa julgada e sentença trânsita em julgado é para ser cumprida e não ficar em um limbo processual.

d) Outro caminho viável é o de adoção de medidas estimulatórias para controlar a sanha recursal. Assim como se propõe a majoração dos honorários quando do julgamento do recurso, especificando o novo CPC em seu art. 85, § 11, que deve, na sua fixação, ser levado em conta o trabalho adicional do advogado¹⁶⁹, nada impediria que a sentença contemplasse alguns benefícios para o seu pronto cumprimento, benefícios esses que a interposição do recurso afastaria. O ordenamento jurídico já convive com a previsão de benesses para o

¹⁶⁹ O referido parágrafo dispõe: “O tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”.

pronto cumprimento da decisão, como é o caso da ação monitória que autoriza ao demandado ou a oposição via embargos ou, deixando de embargar e optando pelo pronto pagamento, a dispensa de responder pelas custas e honorários advocatícios. Também na ação de despejo a lei oferece a liberação dos encargos processuais se a entrega do bem locado se der no prazo estabelecido e espontaneamente. São autênticas medidas estimulatórias que podem, em certos casos, estar atreladas a não interposição da apelação. Cumpre à parte vencida fazer a opção: ou apela ou aproveita a vantagem ofertada pela lei.

e) Outra forma – que também não é estranha ao ordenamento jurídico – é a limitação de recursos em causas de menor potencialidade ofensiva ou de valor econômico mais modesto, reduzindo a intervenção da instância recursal. O sistema dos juizados especiais cíveis, ainda que comportando recurso das decisões monocráticas, convive com essa técnica, a exemplo, também, do recurso de embargos infringentes do julgado, onde o reexame se exaure no primeiro grau de jurisdição, por força do valor da causa, conforme art. 34 da Lei n. 6.830/80.

f) Mais próximo aos efeitos recursais, embora não se confundindo com a limitação do efeito devolutivo, não se pode olvidar que agregar-se a um conjunto de diretrizes de redução da intervenção do segundo grau de jurisdição a não submissão da apelação ao efeito suspensivo como regra, invertendo-se a ordem que restou mantida pelo novo CPC imperativa do duplo efeito nas apelações, formaria um conjunto de regras que, certamente, revolucionaria o sistema recursal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, avalia-se se as alterações efetivadas pelo novo CPC têm o condão de alterar o sistema recursal para tornar mais célere e efetiva a prestação jurisdicional.

No tocante ao recurso de apelação – principal modalidade recursal do sistema processual civil brasileiro –, entende-se que as alterações não quebram paradigmas, de forma que não trazem alterações significativas a ensejar maior celeridade e efetividade na prestação da tutela jurisdicional.

Não há qualquer limitação do efeito devolutivo da apelação, o que valorizaria as decisões de primeira instância, proferidas pelos julgadores que efetivamente acompanham o processo, ouvindo as partes e testemunhas, quando for o caso e, muito menos, a previsão de filtros que limitassem a intervenção dos tribunais, valorizando-se a jurisdição de primeiro grau.

Tais alterações implicariam, necessariamente, uma mudança de mentalidade de todos os operadores do direito, em especial dos juízes de primeiro grau no sentido de ter um maior comprometimento com aquilo que é decidido, assumindo a condição de órgão do Poder Judiciário e a responsabilidade jurídica, política e social, exercendo o que mais se resente a sociedade: concretizando o poder de transformação, que certamente é função de todos os poderes instituídos pela Constituição da República.

Nesse sentido, o presente ensaio avalia se, diante da realidade atual de implementação de um novo Código de Processo Civil, que pouco modificou o sistema revogado no tocante ao efeito devolutivo da apelação, não seria o caso de se ter ido mais adiante a ponto de inserir regras processuais tendentes a quebrar paradigmas, mediante a instituição de redução da fatia devolvida ao poder jurisdicional dos tribunais ou, quiçá, de filtros recursais no âmbito da apelação, reconstruindo-se os planos decisórios.

O debate, assim como proposto, implica algumas *escolhas de Sofia*. Há que sopesar o que se ganha e o que se perde, porque não há solução perfeita. Mas construir o futuro é responsabilidade de todos nós.

REFERÊNCIAS

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. v. 2. São Paulo: Atlas, 2012.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. São Paulo: Atlas, 2003.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. Decisão interlocutória de mérito no projeto do novo CPC: reflexões necessárias. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (coords.). **O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 219/230.
- ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, 2001, n. 13, p. 141/160.
- _____. **Manual dos recursos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BARIONI, Rodrigo. **Efeito devolutivo da apelação cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BERMUDES, Sergio. Considerações sobre a apelação no sistema recursal do Código de Processo Civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, 1999, p. 123/131.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 5. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Parece iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano. **Giustizia e Società**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

CLAUS, Ben-Hur Silveira; LORENZETTI, Ari Pedro *et all.* A função revisora dos tribunais – a questão da valorização das decisões de primeiro grau – uma proposta de lege ferenda: a sentença como primeiro voto no colegiado. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região**. Porto Velho, v. 6, n. 2, jul./dez. 2010, p. 597/616.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DENTI, Vittorio. Riforma o controriforma del processo civile? **Un progetto per la giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 1982.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 12 ed. vol. 3. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

JORGE, Flávio Cheim. **Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MACEDO, Elaine Harzheim. Jurisdição e federalismo, *in* **A teoria e a prática: dos saberes do cotidiano**. Publicação AJURIS, Escola Superior da Magistratura, Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2005.

_____. **Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**. Livraria do Advogado, 2005.

_____. Novos conflitos e o processo adequado: o conflito repetitivo e as soluções processuais. In: ALVIM, Arruda *et all.* **Execução civil e temas afins do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 278-292.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 8 ed. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma na justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. **Revista de Processo**. Ano 36, v. 199, set/2011, p. 83/99.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PORTO, Sergio Gilberto; USTARROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Anotações quanto ao efeito devolutivo nos recursos excepcionais. **Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 39, n. 2, p. 265, jul./dez. 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Curso de processo civil**. 8 ed. vol. 1, tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano**. Curitiba: Livro é Cultura, 1990.

A DISCIPLINA DOS AGRAVOS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Marco Félix Jobim¹⁷⁰

Fabício de Farias Carvalho¹⁷¹

INTRODUÇÃO

É sabido que o mundo vive hoje sob os influxos do que a doutrina convencionou chamar de *pós-modernidade*¹⁷², na qual conceitos são desconstruídos e incertezas criadas. Época de reconstrução de paradigmas. As alterações são sentidas em todas as áreas, social, política, econômica e cultural¹⁷³.

No campo jurídico, esta mudança de paradigmas é sentida com uma nova onda de “direitos” judicializados, de novas demandas levadas ao Poder Judiciário, a quem só resta apresentar soluções, tendo em vista a proibição do *nom liquet*. Ao lado dos novos direitos, não se busca apenas a solução (sentença), mas que essa solução seja apresentada de forma tempestiva¹⁷⁴ e efetiva. Vive-se numa *sociedade da pressa*.

Para fazer frente às novas exigências, o direito passa a sofrer os influxos do fenômeno da constitucionalização de todos os seus ramos. A Constituição, como um sistema aberto de regras e princípios, irradia seus efeitos em todo o ordenamento jurídico, e passa a se exigir uma releitura das demais áreas.

Dessa forma, além de condicionar a aplicação e interpretação de todo o direito infraconstitucional à concretização e realização dos direitos fundamentais, cabendo ao Estado-juiz a utilização da melhor técnica processual para atingir tal fim, o Estado-legislador passa a ter a obrigação de propiciar ao indivíduo um sistema procedimental capaz de tornar efetiva a

¹⁷⁰ Professor adjunto dos cursos de graduação e pós-graduação lato e stricto sensu (mestrado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela PUC/RS e Mestre em Direito pela ULBRA. Advogado.

¹⁷¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. MINTER PUCRS/FSA. Advogado.

¹⁷² Para compreensão melhor do que se quer expor, recomenda-se: CHEVALIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009 e BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁷³ Para ver como a pós-modernidade ingressa nas respectivas áreas, leia-se: JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁷⁴ Ler sobre o tema: JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

proteção a estes direitos, com a edição de normas de direito material protetivas e procedimentais (prestações normativas), vinculando, ainda, o Estado-administrador a uma atuação positiva para concretizar os direitos fundamentais, como, por exemplo, otimizando a administração da Justiça no momento de alocar recursos ao Poder Judiciário (prestações fáticas).

E é neste quadro que foi sancionado o novo Código de Processo Civil, originariamente apresentado pelo Senador José Sarney (PLS 166/2010) em junho/2010, discutido na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 8.046/2010 e devolvido ao Senado para análise como Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD nº 166/2010), encaminhado à sanção presidencial em 24/fevereiro/2015. Assim, o texto utilizado para embasar o presente estudo é o definitivo aprovado no Senado Federal e sancionado pela Presidente da República, que será aqui nominado de Novo Código de Processo Civil – NCPC, para fazer a devida distinção do CPC vigente¹⁷⁵, aqui também abreviado como CPC/1973, e do Código de Processo Civil de 1939 – CPC/1939.

A comissão¹⁷⁶ formada para apresentar um projeto de novo CPC, presidida pelo Ministro do STJ Luiz Fux, tendo como relatora a Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier, contando com integrantes como Adroaldo Furtado Fabrício, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, José Miguel Garcia Medina e José Roberto dos Santos Bedaque, no afã de corresponder aos anseios sociais já citados, identificou como um dos principais gargalos do processo civil pátrio o intrincado sistema recursal, ressaltando que a tão almejada efetividade e celeridade processuais devem passar necessariamente pela reforma dos meios de impugnação das decisões judiciais, tanto nas hipóteses de cabimento quanto no processamento, simplificando-o.

Nesta esteira, o presente estudo se propõe a analisar, sem pretensão de exaurimento, a disciplina do novo CPC para a sistemática de impugnação das decisões interlocutórias, lançando luz sobre o novo regime dos agravos, traçando um paralelo com o Código Buzaid e verificando sua aptidão para oferecer aos jurisdicionados o que se alvitra: um processo compatível com o Estado Democrático de Direito, que possibilite à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos ameaçados ou violados.

¹⁷⁵ O novo CPC prevê, no art. 1.045, uma *vacatio legis* de 01 (um) anos após sua publicação oficial.

¹⁷⁶ Sobre a comissão formada, já tivemos a oportunidade de nos manifestar: JOBIM, Marco Félix. “A tempestividade do processo no projeto de lei do novo Código de Processo Civil brasileiro e a comissão de juristas nomeada para sua elaboração: quem ficou de fora?”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, a. 4, v. 6, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 12 maio 2011.

1 A EXTINÇÃO DO AGRAVO RETIDO

O novo Código de Processo Civil, em busca de um processo simplificado e tempestivo, como aponta a exposição de motivos¹⁷⁷, prevê a extinção do agravo na forma retida, numa clara tentativa de aproximação com a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, que permeia o processo trabalhista e o procedimento sumário dos Juizados Especiais brasileiro.

Com a reforma processual implementada na última década, dentre outras, pela Lei n. 11.287/2005, o agravo interno passou a ser a regra¹⁷⁸, como prevê o artigo 522 do CPC/1973. Na prática, entretanto, a tentativa do legislador de diminuir o número de agravos que afogava os tribunais não surtiu o efeito desejado, uma vez que o agravo de instrumento – tido como exceção – contava com uma “cláusula de abertura” para a interposição, permitindo seu manejo no caso de decisões “suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação” – para a parte, decisões contrárias sempre serão lesivas aos seus interesses.

Sobre o tema, Teresa Arruda Alvim Wambier, à época da “reforma do agravo”, em 2005, traçando um comparativo entre o CPC/1973 reformado e o sistema anterior (CPC/1939), já vaticinava:

Os agravos de instrumento, no sistema revogado, só cabiam nos casos expressamente previstos em lei, diferentemente do sistema atual, que faz com que caiba este recurso, com se verá adiante, de toda e qualquer decisão, desde que não seja sentença”.¹⁷⁹

A sistemática implementada em 2005 confere ao tribunal, na figura do relator do recurso, quando não for caso de impugnação por instrumento, sua conversão em agravo retido. Entretanto, não obstante a previsão de irrecorribilidade desta decisão de conversão, sempre caberá pedido de reconsideração dirigido ao relator ou mesmo mandado de segurança, considerando que o ato judicial em tela é irrecorrível¹⁸⁰, o que acabou por trazer outros incidentes processuais para análise do tribunal.

¹⁷⁷ Exposição de motivos do anteprojeto do novo CPC. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 03.09.2014.

¹⁷⁸ Sobre a temática, importante ler: MACEDO, Elaine Harzheim; VIAFORE, Daniele. **A decisão monocrática e a numerosidade no Processo Civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

¹⁷⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70.

¹⁸⁰ Na doutrina, Teresa Arruda Alvim Wambier é enfática ao preconizar que “como esta decisão é irrecorrível, somente sendo passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar (art. 527, parágrafo único), entendemos que, pelas razões expostas no item 6.1 acima, é admissível mandado de segurança contra a decisão que, incorretamente, determina a conversão de agravo de

Sobre o tema, José Rogério Cruz e Tucci, mesmo antes de 2005, mas já com a regra de retenção do agravo em vigor¹⁸¹, fez pertinente observação:

Tudo leva a crer que, em tal hipótese, isto é, de conversão *ope iudicis* do agravo de instrumento em agravo retido, *sempre* haverá recurso dirigido à câmara ou turma, circunstância essa que, longe de acelerar, redundará em verdadeiro entrave ao procedimento recursal¹⁸².

Dessa forma, para a processualista paranaense, uma solução apontada para a redução do número de agravos nos tribunais seria instituir uma limitação *ope legis* para o cabimento do agravo por meio de instrumento, prevendo o legislador decisões interlocutórias irrecuráveis, as quais poderiam ser discutidas, sim, conjuntamente, mas em sede de apelação. Em estudo que tratou sobre a reforma do agravo de 2005, e tecendo fundamentada crítica à “ampla recorribilidade das decisões interlocutórias” que vigora até o presente momento, Teresa Wambier já vaticinava:

Poderia ter optado, o legislador da Reforma, por ter *restringido* o campo de cabimento do recurso de agravo a *algumas* interlocutórias, já que se comentava não ser conveniente que toda e qualquer interlocutória fosse recorível como era no regime anterior e continua sendo no sistema atual.¹⁸³

De outro norte, segundo Eduardo Peña, Giuseppe Chiovenda defendia que um processo justo passava necessariamente pela oralidade, o que permitiria ao juiz um contato direto entre as partes e lhe possibilitava uma “apreensão imediata do litígio, em sua versão original e autêntica”¹⁸⁴. Nesta senda, na lição do professor Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁸⁵, para assegurar efetividade ao princípio da oralidade, intimamente ligado ao da concentração dos atos processuais, faz-se premente a não interrupção da marcha processual por recursos aviados pelas partes contra decisões de questões incidentes, não importando a fundamentação

instrumento em agravo retido”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 436.

¹⁸¹ O agravo retido passou a ser admitido implicitamente como regra com o advento da Lei nº 10.352/2001, prevendo que somente em casos de urgência o agravo deveria ser imediatamente processado. Somente com a Lei nº 11.187/2005, todavia, o agravo retido expressamente se transformou em regra, e o instrumental como exceção.

¹⁸² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 117.

¹⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 102.

¹⁸⁴ PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. **O recurso de agravo como meio de impugnação das decisões interlocutórias de primeiro grau**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁸⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**, vol. 1. 7 ed. São Paulo: Forense, 2005, p. 68.

(ou falta dela), adotando-se a o *princípio da irrecorribilidade em separado* das decisões interlocutórias.

Com efeito, o sistema vigente no CPC/1939 adotou um meio termo entre a irrecorribilidade das decisões interlocutórias do processo oral, defendida por Chiovenda, e a ampla recorribilidade vigente na atual sistemática (CPC/73)¹⁸⁶, adotando, assim, um sistema de recorribilidade restrita, em outras palavras, “permitindo a impugnabilidade das decisões incidentes nos casos taxativamente indicados no texto legal”¹⁸⁷. Essa era a conclusão a que se chegava da leitura do artigo 842 do CPC/39, ou seja, somente era admitido agravo por instrumento nos casos taxativamente indicados pelo Código ou por alguma lei extravagante.

O CPC/39 ainda previa o *agravo no auto do processo*, que muito se assemelhava ao que se tem hoje quanto ao agravo retido, cuja função precípua era evitar a preclusão de matérias decididas incidentalmente, cuja análise, por não se encontrarem no rol daquelas impugnáveis via agravo de instrumento, era diferida para o momento do julgamento de um eventual recurso de apelação. E ao que tudo indica, foi no CPC de 1939 que o legislador buscou inspiração para regulamentar a disciplina da impugnação das decisões interlocutórias no novo Código de Processo Civil.

Com a inaptidão do agravo retido para reduzir a quantidade de agravos nos tribunais, como dito em linhas anteriores, o NCPC traz de volta o regime de recorribilidade restrita dos atos judiciais que resolvem questões incidentes, estabelecendo, *numerus clausus*, as hipóteses em que se admite o recurso e prevendo a forma instrumental para a insurreição, como veremos no capítulo destinado ao agravo de instrumento.

Dessa forma, abraçando a ideia já ventilada por Teresa Wambier em 2005, e o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, o NCPC prevê que não comportam recurso as decisões que não se encontrem elencadas no rol do artigo 1.015 ou em alguma lei que expressamente preveja a possibilidade recursal.

No caso de decisão irrecorrível, como dito acima, o NCPC prevê que as mesmas poderão ser discutidas em sede de eventual apelação, como se infere do artigo 1.009, §1º e 2º, *in verbis*:

Art. 1.009. Da sentença, cabe apelação.

¹⁸⁶ Alfredo Buzaid, que capitaneou a edição do CPC/73, expressamente admitiu no anteprojeto que o processo oral e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias foi mitigado. Exposição de motivos do anteprojeto do CPC/1973, p. 19. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>. Acesso em 02.09.2014.

¹⁸⁷ PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. **O recurso de agravo como meio de impugnação das decisões interlocutórias de primeiro grau**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 46.

§1º. As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra decisão final, ou nas contrarrazões.

§2º. Se as questões referidas no §1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

Logo, caso haja a necessidade de se impugnar decisão proferida na pendência do processo e contra a qual não esteja previsto agravo de instrumento (no CPC ou lei extravagante), deverá se fazer em preliminares do recurso de apelação ou respectivas contrarrazões, transferindo a análise para o órgão *ad quem*, observando-se a necessidade de se protestar previamente, sob pena de preclusão, como se verá no item a seguir.

1.1 SISTEMA DE PRECLUSÕES

Com a extinção do agravo retido, outra questão surge à tona: o sistema de preclusões¹⁸⁸ no NCPC. Como visto, ante a possibilidade de revolvimento de parte da matéria debatida na fase de conhecimento em sede de apelação, autorizada pelo já citado §1º. do art. 1.009, a preclusão, *a priori*, restaria gravemente ameaçada na etapa cognitiva do processo, o que, em última análise, acabaria representando, de uma só vez, um grave atentado à ordenação do processo, ao devido processo legal, à celeridade, duração razoável e efetividade do processo¹⁸⁹, andando na contramão dos escopos da comissão responsável pela elaboração do projeto do NCPC.

A preclusão desempenha fundamental papel na ordenação e no devido processo legal, “garantindo seu avanço contínuo e evitando agires desordenados, que comprometeriam seus resultados”¹⁹⁰. Na lição de Fredie Didier Júnior¹⁹¹, a ideia que subjaz à preclusão é a de que o procedimento não deve ser interrompido ou embaraçado, mas caminhar sempre avante, de forma ordenada e proba, sendo vedadas atuações extemporâneas, contraditórias (maliciosas) ou repetitivas.

¹⁸⁸ Para uma maior compreensão do sistema de preclusões, salutar a leitura integral da obra: RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁸⁹ Sobre os fundamentos e princípios informadores do instituto da preclusão, consultar: ROCHA, Raquel Heck Mariano da. **Preclusão no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹⁹⁰ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. **Preclusão no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59.

¹⁹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil – Vol. I**. 16 ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 317.

De outro norte, não pairam dúvidas quanto à importância do instituto da preclusão para a celeridade, razoável duração¹⁹² e efetividade do processo¹⁹³, que somada à justiça na prestação jurisdicional, tem-se o tripé de sustentação para um processo qualificado¹⁹⁴.

E é seguindo este mesmo raciocínio que

A preclusão – como instituto hábil a organizar o procedimento e impor limites à atuação das partes, coibindo abusos – é talvez um dos mais antigos e difundidos instrumentos de combate à demora excessiva da prestação jurisdicional, diante da evidência de que a inexistência de limites à atuação das partes e do juiz e de um esquema predeterminado e ordenado contribuiria apenas para acrescentar ao processo desnecessárias e fastidiosas delongas¹⁹⁵.

Não obstante os importantes papéis já apresentados, a preclusão ainda se revela competente para, coibindo contradições e tumultos no iter processual, militar contra a deslealdade e surpresa processual. Como leciona Fredie Didier Júnior¹⁹⁶, “a preclusão não serve somente à ordem, à segurança e à celeridade do processo”, nem pode ser tratada apenas como sua mola propulsora, tem também “fundamentos éticos-políticos, na medida em que busca preservar a boa-fé e a lealdade no itinerário processual”, apresentando-se como técnica a serviço do direito fundamental à segurança jurídica, do direito à efetividade e da proteção à boa-fé.

Dessa forma, qualquer mitigação ao instituto em comento deve ser pensada com cautela. Neste sentido, o substitutivo ao projeto do Senado, aprovado na Câmara dos Deputados, buscando resguardar tão importante instituto para o direito processual, acrescentava o parágrafo segundo ao artigo 1.022 (hoje 1.009), com a seguinte redação:

Art. 1.022. [...]

§1º. [...]

§2º. A impugnação prevista no §1º. pressupõe a prévia apresentação de protesto específico contra a decisão no primeiro momento que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão; as razões do protesto têm de ser apresentadas na apelação ou nas contrarrazões de apelação, nos termos do §1º.”

¹⁹² Sobre a relação entre tempo e processo, bem como celeridade (e sua diferença para a tempestividade) e duração razoável do processo, ler, por todos: JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹⁹³ Sobre a efetividade do processo, ler BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Efetividade do processo e técnica processual**. Temas de direito processual. Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

¹⁹⁴ BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

¹⁹⁵ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. **Preclusão no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 71.

¹⁹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil** – Vol. I. 16 ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 317.

Portanto, apesar da extinção do agravo na forma retida, que se prestava especialmente para obstar a preclusão, pela dicção do Substitutivo da Câmara continuava sendo necessária a manifestação, na primeira oportunidade possível, da parte insatisfeita com a decisão interlocutória, caso desejasse, em eventual apelação, apresentar impugnação. Por esta razão, Cássio Scarpinella Bueno¹⁹⁷ advertia, ainda antes do texto final ser aprovado pelo Senado e enviado à sanção presidencial, que apareceriam vozes, não sem razão, defendendo que a extinção do agravo retido teria sido “mais nominal do que substancial”, no caso de manutenção da proposta da Câmara.

Ademais, o *protesto antipreclusivo* previsto no art. 1.022, §2º, do Substitutivo da Câmara dos Deputados – que muito se assemelhava ao adotado no processo trabalhista – se distanciava do agravo retido quanto ao seu processamento. Ao que parece, o projeto almejava – e conseguiria – simplificar o ato processual pelo qual se obsta a preclusão das matérias decididas incidentalmente em primeiro grau de jurisdição. Se atualmente é necessário, sob pena de não-conhecimento, no ato de interposição do agravo retido – não importando se oralmente ou por petição – a individualização da decisão hostilizada, bem como a exposição das razões que fundamentam a insurgência, no Substitutivo da Câmara o detalhamento da decisão, o alegado prejuízo e as razões que se funda a pretensão recursal deveriam ser ventiladas apenas em preliminares de apelação, ou respectivas contrarrazões.

Ocorre, entretanto, que no Senado a proposta do citado protesto antipreclusivo, contido no texto substitutivo, não vingou e o texto definitivo do NCPD sancionado não incorporou a novidade, mantendo a extinção do agravo retido, mas dispensando a necessidade de protesto. Logo, afastando a preocupação do Prof. Cassio Scarpinella, pode-se afirmar que a extinção do agravo retido foi substancial, não havendo mais incidentes que envolvam questões “não relevantes”¹⁹⁸ a tumultuar o processo.

De outro norte, quanto ao sistema de preclusões, também não se pode afirmar que houve significativa alteração a gerar preocupação na doutrina. O legislador, ao eleger as matérias não relevantes do ponto de vista do direito material envolvido, prevendo uma não impugnação imediata, não criou uma nova classe de matérias de ordem pública, impugnáveis a qualquer momento e qualquer grau de jurisdição. Com efeito, a nova sistemática apenas transferiu a impugnabilidade das decisões que não se revestem de potencial lesivo instantâneo aos litigantes para um momento posterior – eventual recurso de apelação. Caso não

¹⁹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Projetos de novo Código de Processo Civil: comparados e anotados**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.482.

¹⁹⁸ As questões incidentais de fato relevantes, elencadas no artigo 1.015 do NCPD, são impugnáveis mediante agravo de instrumento, continuando sujeitas à preclusão temporal, portanto.

impugnadas em preliminar de apelação ou contrarrazões, precluídas estarão. Conclui-se, dessa forma, que quanto às matérias que não comportam agravo de instrumento, o momento da preclusão temporal foi diferido para o final do processo.

Nota-se, portanto, que de fato houve uma simplificação no procedimento, evitando atos desnecessários que tumultuam o processo (agravos retidos e protestos no seu curso), mantendo-se, dessa forma a coerência com a proposta de um novo código que descomplicará procedimentos, “reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal”¹⁹⁹ em nome da celeridade processual. Outrossim, considerando que a ideia de simplificação e efetividade sempre encontra limites no valor da segurança jurídica, como já defendido, pode-se afirmar que as alterações trazidas e aqui abordadas mantêm intacto o sistema de preclusões, apenas diferindo o momento da impugnação de determinadas matérias incidentais para uma eventual apelação, não trazendo efeitos negativos quanto à segurança que deve permear o processo.

2 O NOVO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Como já antecipado no capítulo anterior, o NCPC ressuscitou a sistemática da recorribilidade restrita das decisões interlocutórias que vigia no CPC/1939, limitando as hipóteses de cabimento do agravo na modalidade instrumental às decisões taxativamente enumeradas, pondo fim à ampla recorribilidade tolerada pelo CPC/1973, onde qualquer decisão interlocutória pode ser atacável por agravo bastando tão somente a demonstração do potencial lesivo que a decisão comporta, o que facilmente se contornaria com uma boa fundamentação do causídico.

Com a medida, já idealizada por Teresa Wambier²⁰⁰ em 2005, o legislador aparentemente buscou reduzir a grande quantidade de agravos que assolam os tribunais pátrios, retirando do relator a atribuição para decidir se era caso de retenção do agravo ou se admitia o mesmo por instrumento ao instituir previsão *ope legis* para o seu cabimento, direcionando o ataque das outras decisões incidentes, que não as listadas, para o momento de eventual apelação.

¹⁹⁹ Exposição de motivos do anteprojeto do novo CPC. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 03.09.2014.

²⁰⁰ Cf. capítulo 1.

Entretanto, ao listar as decisões impugnáveis mediante agravo de instrumento, percebeu-se grande desencontro de ideias da doutrina, do anteprojeto original apresentado pelo Senado, do Substitutivo da Câmara dos Deputados e da versão final submetida à sanção.

No Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, em sua versão original apresentada pelo Senador José Sarney em junho/2010, o artigo 929 elencava quatro decisões passíveis de agravo de instrumento, a saber: as que versarem sobre tutelas de urgência e evidência; versarem sobre o mérito da causa; proferidas na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução; e em outros casos expressamente referidos no CPC ou na lei. As demais eram irrecorríveis em separado, podendo ser debatidas em sede de recurso de apelação.

Entretanto, após inúmeras manifestações e sugestões da sociedade civil organizada durante o processo legislativo, assim como emendas apresentadas pelos próprios parlamentares, contrárias à limitação feita no projeto original e receosas quanto à reduzida quantidade de decisões imediatamente impugnáveis²⁰¹, o texto final do Senado, aprovado em dezembro/2010 e remetido à Câmara dos Deputados para revisão, já contava com dez decisões interlocutórias agraváveis pela forma instrumental.

Com mais três anos de revisão legislativa, e muitas sugestões e emendas aprovadas depois, o texto substitutivo aprovado pela Câmara em março/2014, enviado ao Senado para discussão, contava com uma lista de vinte decisões passíveis de agravo por instrumento. Na sua versão final, sancionada em março/2015 pela Presidente da República, a relação foi reduzida, consolidando-se doze situações que desafiam agravo de instrumento, as quais serão analisadas a seguir, prevendo ainda a possibilidade de lei especial estabelecer outros casos onde o agravo na modalidade instrumental é interponível.

2.1 HIPÓTESES DE CABIMENTO

A redação do NCPC sancionado apresenta, no artigo 1.015, o rol de decisões interlocutórias que podem ser atacadas por agravo de instrumento. Assim, cabe o recurso contra decisões interlocutórias que versarem sobre:

²⁰¹ Para exemplificar, um relatório elaborado por especialistas em Processo Civil convidados pelo professor Ives Gandra da Silva Martins, presidente do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio, Bens e Serviços de São Paulo (Fecomércio-SP), enviado ao relator da reforma na Câmara dos Deputados, apontou a limitação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento como “uma das mais graves” do projeto, por “ofender o direito constitucional do acesso à Justiça”.

- I – tutelas provisórias;
- II – mérito do processo;
- III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV – incidente de descon sideração da personalidade jurídica;
- V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI – exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII – exclusão de litisconsorte;
- VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º;
- XII – conversão da ação individual em ação coletiva;

Além das elencadas acima, o inciso XIII do artigo 1.015 também deixa a salvo o manejo do agravo de instrumento em outros casos expressamente previstos no próprio Código ou em leis esparsas, com é o caso do agravo interponível contra a decisão que resolve o pedido de prosseguimento do processo afetado no caso de se encontrar obstado em 1º grau de jurisdição pela interposição de recursos especial ou extraordinário repetitivos, nos termos do artigo 1.037, §13, I, do NCPC.

Outras possibilidades de cabimento do agravo de instrumento ainda estão previstas no parágrafo único do art. 1.015, que autoriza sua interposição contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação ou cumprimento de sentença, no processo de inventário e no processo de execução.

Considerando a opção do legislador pela remoção da chamada “cláusula de abertura” do artigo 522 contida no CPC/73, que permite a recorribilidade de qualquer decisão interlocutória, desde que demonstrada a sua potencialidade para causar à parte lesão grave e de difícil reparação, como já defendido acima, acredita-se que o rol trazido pelo NCPC é taxativo, *numerus clausus*, resgatando, dessa forma, a sistemática adotada pelo CPC/1939 e claramente objetivando a limitação do número destes recursos em tramitação nos tribunais.

Nesta senda, importante alteração se deu com a supressão do juízo de admissibilidade em sede de apelação, recurso ordinário, recurso especial e recurso extraordinário, como se depreende dos artigos 1.010, §3º²⁰², 1.028, §3º²⁰³ e 1.030, parágrafo único²⁰⁴, todos do NCPC, situações que geralmente ensejavam agravos de instrumento visando “destrancar” o recurso inadmitido na origem. Quanto aos efeitos em que esses recursos são recebidos, o NCPC

²⁰² “Após as formalidades previstas nos §§ 2º e 3º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade”.

²⁰³ “Findo o prazo referido no §2º, os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior, independentemente de juízo de admissibilidade”.

²⁰⁴ “A remessa de que trata o *caput* dar-se-á independentemente do juízo de admissibilidade”.

também transfere ao órgão *ad quem* a atribuição de analisar pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso ordinariamente desprovido deste, a exemplo do artigo 1.012, §3^{o205}, que trata do recurso de apelação.

2.2 FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO

A necessidade de formação de instrumento autônomo para tramitação perante o órgão julgador permanece inalterada no novo CPC, assim como a instrução da petição dirigida diretamente ao tribunal com documentos obrigatórios e outros que a parte reputar úteis ao conhecimento da matéria.

A novidade fica por conta da inclusão, dentre os documentos indispensáveis ao conhecimento do recurso, da petição inicial do processo originário, da contestação e da petição que tenha originado a decisão atacada, somando-se às já exigíveis cópias da decisão agravada, certidão de intimação e procurações outorgadas aos advogados do agravante e agravado, claramente visando uma melhor compreensão da matéria pelo tribunal, que não tem acesso aos autos originários. Ressalve-se que quando se tratar de autos eletrônicos, a juntada destas peças fica dispensada (art. 1.017, §5º., NCPC).

Na linha da simplificação dos procedimentos assumida pela comissão responsável pela elaboração do anteprojeto, a certidão de intimação pode ser suprimida por outro documento oficial que comprove a tempestividade do recurso (a exemplo da publicação no diário da justiça) e a inexistência de qualquer documento obrigatório poderá ser atestada por simples declaração do advogado do agravante, sob sua responsabilidade pessoal (art. 1.017, II, NCPC), impedindo o não conhecimento do recurso por este motivo.

Fiel à proposta de facilitação dos instrumentos e rechaçando qualquer formalismo exagerado, harmonizando-se com o que a doutrina contemporânea chama de formalismo-valorativo²⁰⁶, o NCPC relativiza a rigidez que cercava o recurso em pauta e passa a admitir a correção do instrumento quando presente algum vício na forma ou ausente documento indispensável.

Como prevê o art. 1.017, §3º, do NCPC, antes de inadmitir o recurso, como é a atual sistemática nos casos de se constatar alguma falha na forma, o relator deverá conceder o prazo

²⁰⁵ “O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do §1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao: I – tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame preventivo para julgá-la; II – relator, se já distribuída a apelação”.

²⁰⁶ Sobre o tema, consultar com largo proveito: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

de cinco dias para que o recorrente sane o vício ou complemente a documentação exigível (art. 932, parágrafo único, NCPC). Rechaça-se, desse modo, ainda que de forma mitigada, a nefasta prática da *jurisprudência defensiva* pelos tribunais, que, segundo Humberto Gomes de Barros, cada vez mais se busca “impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos”²⁰⁷.

Entretanto, nos casos de processos não eletrônicos, fica mantida a necessidade de se informar no juízo *a quo* a interposição do agravo no prazo de três dias, sob pena de inadmissão do agravo, franqueando ao julgador de 1º. grau o juízo de retratação. No caso de autos eletrônicos, entende-se desnecessária tal diligência.

Outra inovação do NCPC fica por conta da ampliação das formas de interposição do agravo de instrumento. O CPC/1973 prevê apenas o protocolo da petição diretamente no tribunal competente ou postagem no correio sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, interposta por outra forma prevista na lei local. No novo código são acrescentadas as possibilidades de interposição, no prazo do recurso – que foi ampliado para 15 dias – por protocolo na própria comarca, seção ou subseção judiciárias, e ainda por transmissão de dados tipo *fac-símile*, nos termos da lei, nesse caso havendo a necessidade de posterior protocolo físico da petição inicial e documentos que a instruem.

2.3 PROCESSAMENTO

Quanto ao processamento do agravo de instrumento no competente tribunal, o NCPC não trouxe significativas modificações, repetindo no artigo 1.019 boa parte da sistemática vigente, mas inovando quanto à força vinculativa da jurisprudência, sobretudo dos tribunais superiores, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), para o julgamento monocrático de improcedência *prima facie* do agravo nas hipóteses elencadas no art. 932, III e IV, do NCPC.

Uma vez recebido o recurso no tribunal e imediatamente distribuído, o relator poderá adotar uma das seguintes providências: a) não conhecer do recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; b) negar provimento ao recurso que contrarie: b.1) súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal; b.2) acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos; b.3) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

²⁰⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia? Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>. Acesso em 13.09.2014.

Não sendo caso de aplicação dos itens anteriores, o relator, no prazo de cinco dias: a) poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; b) ordenará a intimação do agravado pessoalmente e por carta com aviso de recebimento, quando não tiver procurador constituído, ou, pelo Diário da Justiça ou por carta dirigida ao seu advogado, com aviso de recebimento, para que responda no prazo de quinze dias, facultando-lhe juntar a documentação que entender necessária ao julgamento do recurso; c) determinará a intimação do Ministério Público, preferencialmente por meio eletrônico, quando for caso de sua intervenção, para que se manifeste no prazo de quinze dias.

Por fim, segundo previsão do art. 1.020, adotadas as providências acima, o relator solicitará dia para julgamento do recurso em prazo não superior a um mês da intimação do agravado.

3 O AGRAVO INTERNO

Até o momento preocupou-se em abordar as espécies de agravo cabíveis em primeiro grau de jurisdição – retido e por instrumento. No entanto, Humberto Theodoro Júnior adverte que não é somente a decisão interlocutória do juiz de primeira instância que desafia esse tipo de recurso, “também nos tribunais superiores há situações em que se verificam decisões interlocutórias com previsão, no Código, do cabimento de agravo”²⁰⁸.

Advirta-se, contudo, que apesar da previsão legal de decisões monocráticas sobre questões incidentais nos tribunais, a regra é a *colegialidade das decisões*, o que lhes confere maior legitimidade. Na lição de Fredie Didier Júnior

Os tribunais são, normalmente, estruturados para emitir decisões colegiadas, com vistas a obter, com maior grau de probabilidade, o acerto e a justiça do julgamento final. Ademais, a ‘colegialidade é também um importante fator de busca da legitimidade do Judiciário, ou seja, de persuasão do jurisdicionado de que a sua causa foi julgada por uma junta de juízes, que discutiram a matéria procurando em conjunto encontrar a solução mais justa’²⁰⁹.

²⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 610.

²⁰⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais – Vol. III**. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 163-64.

Dessa forma, o CPC/1973, ao passo que concede poderes ao relator para, monocraticamente, proferir decisões em alguns casos, também encerra meios de impugnação a estas decisões, que na verdade apenas se prestam para levar à análise do colegiado a matéria decidida de forma singular, sem prejuízo da possibilidade de retratação pelo próprio relator.

O CPC/1973 não nomina o agravo cabível contra as decisões singulares no âmbito dos tribunais, cabendo à doutrina e jurisprudência fazê-lo, que, para diferenciá-lo das demais espécies estudadas, é chamado majoritariamente de agravo interno²¹⁰. No CPC/1973, o “agravo em cinco dias para o órgão competente” tem previsão nos casos de inadmissão dos embargos infringentes (art. 532), contra decisão do relator que não conhecer do agravo em recurso extraordinário ou especial²¹¹ (art. 545) e nos casos de decisão que nega seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, §1º).

O NCPC, entretanto, de uma só vez, acaba com uma série de críticas endereçadas ao modelo que está sendo substituído.

Inicialmente, percebe-se a intenção do legislador de sistematizar o ordenamento ao unificar os agravos interpostos no âmbito interno dos tribunais, pondo fim à discussão sobre diferenças – se é que existem – entre os agravos interno e regimental, assim como suas hipóteses de cabimento – se somente em grau recursal ou em processos de competência originária. Dessa forma, pela dicção do novel art. 1.021 e sob o mesmo título de *agravo interno*, em sintonia com a doutrina majoritária²¹², têm-se abrangidos os três agravos atualmente previstos, ou seja, os contidos nos arts. 532, 545 e 557, §1º., como se vê:

²¹⁰ Ressalte-se, por oportuno, que o agravo interno não é o mesmo agravo regimental. Na lição de Rafael de Oliveira Guimarães, “o agravo interno é o recurso cabível somente contra decisões monocráticas extintivas de recurso”, previsto no CPC, já o “agravo regimental é recurso, com base no art. 39 da Lei 8.038/90, que visa impugnar todas as outras decisões monocráticas nos Tribunais onde a lei não preveja expressamente outro recurso”, concluindo que este é o “genuinamente previsto nos regimentos internos e tem manejo permitido onde a lei não tenha previsão de um recurso”. Apesar das diferenças apontadas, o citado autor admite a fungibilidade entre os dois agravos (GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. **Os agravos interno e regimental**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 165-66). Eduardo Talamini defende a irrelevância da discussão sobre a nomenclatura, sendo certo que a função do agravo interposto no âmbito interno do Tribunal é de levar ao colegiado uma decisão individualmente tomada, seja com o nome de interno, seja com o de regimental (TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos Tribunais: legitimidade e controle (Agravo Interno). In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 5, p. 184).

²¹¹ Os agravos utilizados para “destrancar” recurso especial e recurso extraordinário não admitidos na origem e suas modificações no NCPC serão abordados no capítulo 4.

²¹² Rafael de Oliveira Guimarães cita como defensores do *nomen juris* de agravo interno Carreira Alvim, Athos Gusmão Carneiro e João Batista Lopes (GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. **Os agravos interno e regimental**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 193).

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

O prazo para interposição também muda, passando dos cinco dias no atual código para quinze dias no NCPC, conforme a regra geral do art. 1.003, §5º. Assim, contra qualquer decisão proferida monocraticamente pelo relator em processos de competência dos tribunais, seja originária, seja recursal, caberá o agravo interno ao órgão colegiado no prazo de quinze dias.

Outras falhas apontadas na sistemática do agravo interno no atual CPC são a ausência de previsão legal de contraditório e da publicidade. Atualmente, o procedimento do recurso em tela é lacunoso: depois de interposto o recurso, é facultado ao relator o juízo de retratação e, caso entenda manter a decisão hostilizada, deverá apresentar o recurso em mesa para julgamento, proferindo o seu voto.

De uma interpretação literal, depreende-se facilmente a inexistência de contraditório e publicidade na espécie tratada. Teresa Wambier adverte que da descrição sucinta do procedimento “infere-se que não haveria *contraditório*, já que não se alude à possibilidade do agravado responder, tampouco há *publicidade*, já que a lei menciona dever o relator pôr *em mesa* o recurso, e não em pauta”²¹³.

Entretanto, como já dito, o novo CPC pretendeu sanar os problemas apontados pela doutrina. Quanto à falta de contraditório e publicidade, importante e acertada mudança trouxe o §2º do art. 1.021, que surge com a seguinte redação:

Art. 1.021. [...]

§2º. O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

Dessa forma, segundo o texto do NCPC, depois de interposto o agravo interno, o agravado deverá ser intimado para se manifestar no mesmo prazo de interposição (quinze dias) e, não havendo retratação do relator, enviará o recurso para julgamento pelo órgão colegiado, com a prévia inclusão em pauta, o que lhe garantirá a publicidade necessária aos atos estatais.

²¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 552.

Continuando com as inovações na regulamentação do agravo interno, agora único recurso cabível contra decisões interlocutórias no âmbito dos tribunais, o §3º. do art. 1.021 veda que o relator, ao apreciá-lo, se limite à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgá-lo improcedente, impondo também aqui a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

E finalizando o capítulo que trata do agravo interno, os §§4º. e 5º. mantêm com mínimas alterações o atual regime de sanção ao agravante (art. 557, §2º, CPC/1973), importante instrumento de desestímulo à utilização de recursos meramente protelatórios. Nos casos de recurso manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o agravante será condenado, “a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa”, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao “depósito prévio do valor da multa, à exceção do beneficiário de gratuidade da justiça e da Fazenda Pública, que farão o pagamento ao final”.

4 O AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL E EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

No Projeto de Lei do Senado nº. 166/2010, em sua versão aprovada em dezembro/2012 e remetida à Câmara dos Deputados para revisão, havia a previsão de um novo recurso, o agravo de admissão, que, em verdade, era equivalente ao agravo do art. 544 do CPC/1973. No substitutivo da Câmara, aprovado em março/2014, o recurso foi substituído pelo *agravo extraordinário* e outras funções foram lhe agregadas. No texto definitivo, as novas funções permanecem, mas o *nomen juris* agora é Agravo em Recurso Especial e em Recurso Extraordinário.

Ressalte-se que não se trata do citado agravo do art. 544, interposto contra qualquer decisão de inadmissão dos recursos especial e extraordinário, prevista no art. 542, §1º, uma vez que o NCPC retirou do tribunal *a quo* o juízo de admissibilidade dos recursos aos tribunais superiores, os quais, segundo o novel ordenamento, depois de interpostos e transcorrido o prazo de quinze dias para contrarrazões, serão remetidos ao respectivo tribunal superior, “independentemente de juízo de admissibilidade” (art. 1.030, parágrafo único).

Dessa forma, com a extinção do juízo de admissibilidade feito pelo tribunal de origem, o agravo extraordinário passa a ser admitido em outras hipóteses, mas com um processamento semelhante ao atual agravo nos próprios autos do art. 544, como se verá a seguir.

4.1 HIPÓTESES DE CABIMENTO

Se atualmente o agravo nos autos do art. 544 é manejado contra a decisão do tribunal *a quo* que nega seguimento a recurso especial ou recurso extraordinário, no NCPC o *agravo em recurso especial e em recurso extraordinário* possui outras funções e passa a ser utilizado para também atacar decisões monocráticas em sede de recursos aos tribunais superiores, mas apenas aquelas taxativamente elencadas.

Segundo o artigo 1.042 do novo código, caberá agravo contra decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal que: I - indeferir pedido, formulado com base no art. 1.035, §6º, ou no art. 1.036, §2º, de inadmissão de recurso especial ou extraordinário intempestivo; II - inadmitir, com base no art. 1.040, inciso I, recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior; III - inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.035, § 8º, ou no art. 1.039, parágrafo único, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.

Na primeira hipótese, sempre que o STF reconhecer a repercussão geral em recurso extraordinário, determinará a suspensão de todos os outros processos em tramitação no território nacional que tratem da mesma matéria até a manifestação final daquele Tribunal (art. 1.035, §5º., NCPC). Da mesma forma, quando se tratar de recursos repetitivos, o tribunal de origem selecionará alguns deles que representarão a controvérsia, com remessa aos tribunais superiores, suspendendo-se o processamento de todos os processos pendentes sobre o tema, individuais ou coletivos, que tramitem no estado ou na região, conforme o caso (art. 1.036, §1º.), até manifestação final superior. Poderá o interessado, entretanto, nos dois casos, requerer ao tribunal de origem que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita recurso extraordinário ou recurso especial que tenham sido interpostos intempestivamente (art. 1.035, §6º e art. 1.036, §2º), ouvindo-se o recorrente no prazo de cinco dias. Assim, indeferido este pedido, caberá agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário, dependendo do caso. Ressalte-se que o agravante deverá demonstrar expressamente, sob pena de não conhecimento do agravo em recurso especial e em recurso extraordinário, a alegada intempestividade (art. 1.042, §1º., I).

No segundo caso, ainda na disciplina dos recursos repetitivos, depois da manifestação definitiva dos tribunais superiores sobre a matéria, o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior (art. 1.040, I).

Neste caso também caberá o agravo aqui tratado, tendo o agravante o ônus de demonstrar, também sob pena de não conhecimento, a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado ou a superação da tese (art. 1.042, §1º, II, a).

E na terceira hipótese, negada a repercussão geral pelo STF, o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica ou sobrestados por afetação, no caso de recursos repetitivos (respectivamente, art. 1.035, §8º, e art. 1.039, parágrafo único, NCPC). Esta decisão do tribunal de origem também será impugnável por agravo em recurso extraordinário, devendo o agravante demonstrar a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado ou a superação da tese que embasou a decisão denegatória de seguimento conforme preceitua o art. 1.042, §1º, II, b, do CPC aprovado.

4.2 PROCESSAMENTO

Complementando a disciplina do agravo em recurso especial e em recurso extraordinário, o NCPC prevê nos parágrafos seguintes do art. 1.042 que sua interposição deve se dar mediante petição dirigida diretamente ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem. Após a interposição, o agravado será intimado para apresentar manifestação no prazo de quinze dias. Transcorrido o prazo de resposta, e não ocorrida a retratação, o agravo será remetido ao tribunal superior competente, independentemente do pagamento de custas e despesas postais.

Fica mantida a necessidade de interposição de um agravo para cada decisão denegatória no caso de interposição simultânea de recurso extraordinário e especial, havendo possibilidade de julgamento do agravo “conjuntamente com o recurso especial ou extraordinário, assegurada, neste caso, sustentação oral, observando-se, ainda, o disposto no regimento interno do tribunal respectivo” (1.042, §5º).

No caso de apenas um agravo interposto, este será remetido ao tribunal competente. Todavia, quando a interposição for dupla, primeiramente se remeterá os autos para apreciação pelo STJ. Somente depois de “concluído o julgamento do agravo pelo Superior Tribunal de Justiça e, se for o caso, do recurso especial, independentemente de pedido, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do agravo a ele dirigido, salvo se estiver prejudicado” (1.042, §8º).

Considerando que quanto ao processamento e julgamento não se tem modificações substanciais, que ficaram a cargo da exclusão do juízo de admissibilidade dos recursos

extraordinário e especial pelo tribunal de origem, a inovação fica por conta da nomeação como agravo em recurso especial e em recurso extraordinário, dependendo da situação, e alteração das hipóteses de cabimento, exaustivamente enumeradas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que um novo Código de Processo Civil se faz premente, sobretudo porque o atual, de 1973, já demonstrava sinais de insuficiência para as demandas pós-modernas do século XXI desde sua reforma iniciada na década de 1990.

Na parte analisada pelo presente estudo, os elogios se dirigem à simplificação das formas, extinguindo anomalias como o agravo retido, apenas diferindo o momento da impugnação para eventual apelação, unificando procedimentos de impugnação de decisões interlocutórias no âmbito dos tribunais sob o *numen juris* de agravo interno, admitindo-se a correção de vícios formais no agravo de instrumento após sua interposição e criando o agravo em recurso especial e em recurso extraordinário para alguns casos de inadmissão dos recursos extraordinário e especial.

No que pertine à pretensão de redução do número de recursos em tramitação, ou seja, o desafogo dos tribunais, verificou-se que as alterações propostas ainda não se revelam suficientes para o enfrentamento do problema. Na disciplina do agravo de instrumento, por exemplo, apesar de taxativamente listadas as hipóteses de sua interposição, as doze decisões que ainda comportam o recurso, somadas às demais previstas em lei, certamente continuam sendo responsáveis pela esmagadora maioria de impugnações manejadas, concluindo-se pela ineficácia na medida neste sentido, subsistindo um problema que permeia o sistema jurídico brasileiro: a reduzida autonomia dos juízes de primeiro grau.

Entretanto, não pode ser completamente mal vista a iniciativa de um novo CPC, sobretudo quanto ao subsistema recursal, que, se não veio para reduzir o abarrotamento dos tribunais – e de fato não é essa sua função – ao menos simplificou procedimentos, como de fato também propôs desde o início a comissão de juristas formada para apresentar o projeto.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Efetividade do processo e técnica processual**. Temas de direito processual. Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Projetos de novo Código de Processo Civil: comparados e anotados**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARPENA, Márcio Louzada. **Da execução das decisões de pagar quantia pela técnica diferenciada**. Disponível em < <http://www.carpenna.com.br/v2/7.pdf>>. Acesso em 04/09/2014.

CHEVALIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento – Vol. I**. 16 ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais – Vol. III**. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. **Os agravos interno e regimental**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

JOBIM, Marco Félix. “A tempestividade do processo no projeto de lei do novo Código de Processo Civil brasileiro e a comissão de juristas nomeada para sua elaboração: quem ficou de fora?”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, a. 4, v. 6, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 05/09/2014.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MACEDO, Elaine Harzheim; VIAFORE, Daniele. **A decisão monocrática e a numerosidade no Processo Civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. **O recurso de agravo como meio de impugnação das decisões interlocutórias de primeiro grau**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. **Preclusão no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento, vol. 1**. 7 ed. São Paulo: Forense, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos Tribunais: legitimidade e controle (Agravo Interno). In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR.,

Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 5.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. 2 ed. São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RECURSOS NO NOVO CPC: UM SISTEMA VOCACIONADO À SUPERAÇÃO DA ABSTRAÇÃO PROCESSUAL?

Marcelo Garcia da Cunha²¹⁴

OBSERVAÇÕES INICIAIS

Como instrumento de composição dos litígios, o processo judiciário requer, em homenagem a uma idealizada segurança social, a observância de um catálogo de garantias conferidas às partes, todas elas condensadas na cláusula constitucional do devido processo legal. Institucionalizada a justiça como atividade prestacional do Estado contemporâneo, a ordem jurídica impõe ao juiz o dever de diligenciar pelo rápido equacionamento da relação conflituosa. Vislumbra-se nisso o interesse social de evitar que os litígios se prolonguem indefinidamente no tempo, o que constitui fonte de instabilidade para os sujeitos da controvérsia e para toda coletividade.

Nas últimas décadas, o Judiciário brasileiro vem enfrentando uma litigiosidade ampliada, a ser dirimida por uma aparelhagem humano-organizacional reconhecidamente deficitária. Fatores variados são elencados como desencadeadores do fenômeno da hiperprocessualização das relações sociais e do congestionamento judiciário²¹⁵, dentre os quais destacam-se a redemocratização do Brasil e o novo marco constitucional, que ampliaram o catálogo de direitos do cidadão e por consequência as divergências intersubjetivas daí resultantes, a maior extensão, complexidade e diversidade das relações na atualidade e a ineficiência de políticas de superação de uma permanente crise ética e de contenção da ilegalidade epidêmica²¹⁶.

²¹⁴ Doutorando em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito pela PUCRS. Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Advogado.

²¹⁵ Acerca do assunto, vide CUNHA, Marcelo Garcia da. *Hiperprocessualização e congestionamento jurisdicional: a sustentabilidade como marco transformador*. In Revista Síntese Direito Ambiental, v. 4, n. 19, maio-jun. 2014, p. 41-56.

²¹⁶ Por “ilegalidade epidêmica” entende-se o retrato de um cotidiano social assolado por infringências a normas de conduta, sem que se perceba qualquer reação de inconformismo. Ilustrativo é o que sucede no trânsito de veículos nas grandes cidades brasileiras: embora as regras de tráfego sejam comumente desobedecidas, vive-se, frente a essa realidade, num estado de normalidade surpreendente.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal e com isso assegurou, no ordenamento nacional, de forma expressa, o direito fundamental à razoável duração do processo e os meios necessários para garantir a celeridade de sua tramitação. Além disso, modificações de índole infraconstitucional foram implementadas, visando abreviar os procedimentos e o tempo processual.

Impera aqui a cultura de esperar da lei a solução de todos os problemas do meio social, como se a lei, por si só, privada de sua generalidade abstrata, tivesse condições de alterar, de forma absoluta, o estado das coisas tão logo iniciasse sua vigência. O imediatismo, pressuposto desse contexto cultural, vem oferecendo historicamente respostas destituídas da necessária reflexão acerca da adequação e das consequências das opções escolhidas, constituindo em muitos casos simples medidas paliativas que não equacionam satisfatoriamente o problema concreto a que estão direcionadas a resolver.

O novo Código de Processo Civil lança a expectativa de imprimir maior agilidade e qualidade na consecução da justiça. Propõe-se neste trabalho analisar o sistema recursal do novo Código, ponto nuclear do Projeto, particularmente sua capacidade de promover a superação do corte dicotômico entre a abstração processual, típica do processo excessivamente ordinarizado, e a concretização do direito substancial, exigência das teorias contemporâneas que combatem o trato da relação processual como algo autônomo frente à relação jurídica-base. Esse rompimento é talvez o maior desafio do novo marco processual civil, que deve recuperar seu papel de centralidade do sistema²¹⁷.

1 RECENTRALIZAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL

Cinco décadas após a instalação do regime republicano (1889), a legislação processual brasileira apresentava múltiplas variações nas unidades federativas, o que contrastava com a busca da igualdade entre os cidadãos, tão cara às ideias republicanas. Resquício da ultrapassada concepção privatística do processo, vigorava aqui um processo judiciário na sua versão duelística²¹⁸, caracterizada por um exagerado formalismo que reduzia o juiz a um mero observador de regras processuais diante do embate entre as partes, tudo a favorecer a parte mais abastada financeiramente interessada em protelar a rápida solução do litígio.

²¹⁷ Por opção metodológica, não serão citados numericamente dispositivos do Projeto do novo CPC, em razão das constantes alterações durante sua tramitação legislativa. A atenção localizar-se-á acima de tudo no conteúdo das disposições, considerando o posicionamento redacional do Projeto em setembro de 2014.

²¹⁸ Vide, nesse sentido, a Exposição de Motivos do CPC de 1939, redigida por Francisco Campos.

A exaustão histórica desse modelo fragmentado, decorrência natural da consolidação do Estado Federativo e do fortalecimento do poder centralizado, aspecto característico do regime político reinante no Brasil dos anos 1930, levou à necessidade de se imprimir uma organicidade sistêmica às regras processuais, para que fossem válidas uniformemente em todo o território nacional.

O CPC de 1939 veio, portanto, escorado na matriz europeia²¹⁹ estabelecer uma centralidade e unidade até então inexistentes no sistema processual brasileiro. A sua exauriente normatividade, dotada da típica completude das codificações do século XIX, estava direcionada à solução das controvérsias eminentemente individuais que chegavam ao Judiciário.

Quando entrou em vigor o CPC de 1973, embora tenha sido mantido o modelo inaugurado pelo Código pretérito, a realidade histórica revelava contornos diversos. Além da codificação processual, já despontavam leis processuais específicas voltadas a reger a resolução de determinadas questões ou a regular as controvérsias que destoavam do padrão generalizado, tudo a exigir uma normatividade particularizada. São ilustrativas a tal respeito a lei que dispôs sobre a concessão de assistência judiciária gratuita à parte hipossuficiente e as leis que regeram o mandado de segurança e a ação popular. Também já se descortinava, embora de modo incipiente, a emergência de demandas coletivizadas, cuja abordagem processual destoava do regime individualista que revestira o espírito do Código vigente.

O surgimento de novos conflitos sociais, de natureza transindividual, pautados na reivindicação de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, e o fenômeno do congestionamento jurisdicional, fruto da hiperjudicialização das relações sociais, promoveram uma mitigação da ideia de centralidade do sistema processual, até então situada no CPC, o que denotava sua insuficiência para fazer frente a essa nova realidade.

Sintoma maior do declínio da centralidade processual, surgiram os chamados microssistemas processuais, destacando-se aqueles direcionados à resolução dos litígios de massa. Além disso, a partir dos anos 1990, num malabarismo legislativo para adequá-lo à necessidade de abreviação do tempo processual, o próprio CPC passa a sofrer sucessivos remendos pontuais, o que levou à desconfiguração da sua organicidade original, fruto do esforço buzaidiano²²⁰.

²¹⁹ RICARDI, Nicola e NUNES, Dierle. *O código de processo civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma*. In Revista de Informação Legislativa, ano 48, n. 190, abril-jun. 2011, p. 97.

²²⁰ Não se emite, aqui, convém esclarecer, juízo acerca da boa ou má sistematização do CPC de 1973. O intuito, antes de tudo, é apenas apontar a gradativa perda da sua estruturação inicial, em razão das modificações legislativas nele implementadas. A tal respeito, Alfredo Buzaid assinalava, na Exposição de Motivos do CPC de

Com o novo CPC, já é possível vislumbrar uma reviravolta em direção à centralidade do sistema processual nacional. Com um inovador capítulo destinado aos princípios e garantias fundamentais do processo civil, não há dúvida de que o novo Código informará todo o sistema, imprimindo a ele maior unidade e coerência e, acima de tudo, orientando a aplicação das normas processuais em geral. Lembre-se, ainda, que a vigência de uma nova codificação implicará uma natural potencialização da produção teórica e o consequente aprimoramento do debate científico²²¹.

Superada a concepção totalizadora dos códigos oitocentistas, talvez seja esta uma das finalidades de maior envergadura das grandes codificações da contemporaneidade: promover a harmonização do sistema sem desconsiderar a relevância da legislação específica e particularizada. Nesse sentido, Fábio Siebeneichler de Andrade propõe que o código deve assumir uma função integradora, que não descarta as leis especiais, agregadoras de soluções adequadas aos novos fatos sociais. As modernas codificações, segundo o autor, devem ser estruturadas em um sistema aberto, de maneira a atingir maior compatibilidade com as exigências de uma sociedade progressivamente mais complexa²²².

O resgate da centralidade do Código Processual Civil, na versão agora reformulada, pressupõe, ademais, na sua concretização prática, uma maior proximidade com o objeto sobre o qual está direcionado a operar.

2 SUPERAÇÃO DA ABSTRAÇÃO PROCESSUAL

A ideia de que as normas processuais devem estar a serviço da efetivação do direito material se encontra definitivamente assentada na doutrina e na prática jurídicas. O processo não tem sentido se estiver isolado da sua finalidade essencial, que é a resolução de questões que emergem da realidade pulsante. As teorias que defendem o imperialismo inalienável das formas, voltadas a sustentar os rituais e as construções lógicas artificializadas, há muito cederam espaço para as teorias que concebem o processo como espaço de realização e - por que não? - construção de direitos. A alienação do processo com o que sucede no mundo dos

1973, que “O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções”.

²²¹ Em verdade, como se percebe pela ampla produção doutrinária acerca do novo Código, esse fenômeno já vem ocorrendo.

²²² ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 156-157.

fatos²²³ inclusive encontrou amparo na teoria do direito abstrato de agir, pela qual a ação não serve para dar razão a quem a tem, mas, sim, confere o direito de obter uma sentença qualquer²²⁴.

As bases em que o processo adquiriu cientificidade foram estabelecidas por Oskar Von Bülow em 1868, ao discorrer sobre as exceções e pressupostos processuais²²⁵. Mesmo que em momento anterior a sempre lembrada polêmica entre Windscheid e Muther sobre a *actio* romana tenha projetado aspectos até então não pesquisados, foi somente com a obra de Bülow que o direito processual assumiu autonomia científica frente ao direito material. Bülow rompeu com a ideia de processo como relação de direito privado. Porque a relação processual se desenvolve sob a ingerência estatal, sustentou que essa relação verdadeiramente pertence ao direito público, daí a sua natureza de “relação jurídica pública”. Além do mais, reforça a autonomia da relação processual o seu constante movimento e transformação, ao contrário das estáticas relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial.

Como qualquer relação jurídica, o processo é condicionado a certos requisitos, que individualizam as pessoas, a questão jurídica em discussão, os atos e o momento em que se inicia. Qualquer vício em alguma dessas condições impedirá o surgimento do processo. Bülow designou essas condições como “pressupostos processuais”²²⁶. A atividade de jurisdição, dada a desvinculação do processo com a relação de direito material, passou a recair não apenas sobre a própria lide deduzida em juízo, mas também sobre a relação jurídica processual, com seus pressupostos específicos e anteriores -considerando-se a sequência lógica do raciocínio judicial - à apreciação do objeto litigioso²²⁷. Por mais paradoxal que seja, a autonomia alcançada levou o processo a um nível de maior abstração, notadamente pela ampliação do conflito, não mais restrito ao fundo da controvérsia, visto que lhe foram adicionadas as questões emergentes da própria relação processual. O juiz deve primeiro proceder ao exame dos pressupostos processuais para, depois, descer à investigação das

²²³ Lugar-comum no cotidiano forense, a expressão “o que não está nos autos, não está no mundo” resiste ao tempo.

²²⁴ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil: estudios sobre el proceso civil*. V. III. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, p. 209. Galeno LACERDA, ao apontar a independência entre as relações processual e material, chama a atenção para a ação declaratória negativa, que é ação que pressupõe justamente a inexistência de relação jurídica material. Vide *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 24.

²²⁵ Vide BÜLOW, Oskar Von. *Excepciones procesales e presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.

²²⁶ BÜLOW, *Excepciones*, p. 06.

²²⁷ Conforme José Maria TESHEINER, “A busca da ‘essência’ da jurisdição vincula-se ao conceptualismo que, no campo do direito, conduz a indesejável distanciamento da realidade”. Vide *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 63.

condições da ação e, por último - *last but not least*, no jargão inglês - adentrar na análise da relação jurídica-base.

Repare-se, a respeito do que acima se mencionou, que o processo, na sua concepção tradicional, não raras vezes, alcança seu termo, sem equacionar a incerteza que lhe deu origem. Qualquer sentença sem resolução do mérito enquadra-se nessa afirmação, pois a provimento do órgão jurisdicional encerra o processo, mas mantém latente o conflito que assola a relação-base entre as partes.

A resolução do litígio substancial deve sempre ser o objetivo último do processo. Uma vez judicializada a divergência, as partes e o juiz devem se empenhar ao máximo para que a relação de direito material seja resolvida. Como lembra Liebman, na sua definição de sentença, o comando que resolve o processo é um ato de enunciação da regra jurídica concreta destinada a disciplinar o caso submetido ao juiz²²⁸. Processo que não encerra com a normatização da relação substancial não cumpre sua finalidade; sua resolutividade tem apenas eficácia endoprocessual e artificializada, visto que se limita a regradar a posição das partes no processo, não na relação vital sobre a qual controvertem.

Não se intenciona, a bem da verdade, abstrair toda a inegável contribuição dos grandes teóricos na evolução da doutrina processual, contribuição essa fundada acima de tudo no aprimoramento das formas procedimentais. O que se preconiza é uma abordagem crítica da mítica valorização da dicotomia entre processo e direito material.

Impelidos pela complexidade que emerge do momento histórico atual, os juristas da contemporaneidade necessitam apreender a realidade e centrar sua atenção em questões essencialmente práticas, em especial aquelas que dizem respeito ao tempo e à qualidade da prestação jurisdicional²²⁹. A prática processual já não possui mais a regularidade característica de tempos pretéritos, em que o processo servia à resolução de litígios subjetivos, com partes e objeto processual bem definidos. O aumento da conflituosidade, no âmbito da sociedade de massas, confere ao fenômeno processual maior instabilidade, a exigir constante investigação de alternativas para as dúvidas e incertezas que assolam a sua perfeita operacionalidade.

Nos dias atuais, às vésperas da vigência de um novo marco processual civil, impõe-se alcançar uma maior materialização do processo - em oposição à tradicional abstração que lhe caracteriza -, expressão aqui entendida como a busca da máxima proximidade entre a relação

²²⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. Sesta edizione. Milano: Giuffrè, 2002, p. 245.

²²⁹ Segundo Juan Montero AROCA, na atualidade, o que condiciona o estudo do processo civil é o aumento da litigiosidade. Os grandes temas tradicionais, de base teórica, cederam espaço ao estudo da eficiência da justiça civil. Vide *El derecho procesal em el siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 76 e 80.

processual e a relação substancializada entre as partes. O processo deve ser ajustado, na sua consecução prática, às necessidades intrínsecas da relação jurídica básica, preservadas, de todo modo, as garantias das partes. Como apontado por Elaine Macedo, sendo o processo espaço legítimo no qual a jurisdição se realiza, “deve qualificar-se por características aptas à concretização do direito e de seu escopo na realização dos fins e fundamentos do Estado, constitucionalmente adotados e assegurados”²³⁰.

Restar saber, na sequência, se o sistema recursal do novo CPC está vocacionado a cumprir essa finalidade.

3 BREVES ANOTAÇÕES SOBRE DISPOSIÇÕES RECURSAIS DO NOVO CPC

O primeiro aspecto a observar diz respeito à unificação dos prazos para interposição de recursos e para respectivas respostas, fixados no novo CPC em quinze dias, à exceção dos embargos declaratórios, cuja oposição é mantida no prazo de cinco dias. Essa medida confere coesão e uniformidade ao sistema recursal, não mais sujeito à multiplicidade de prazos, própria do CPC vigente, a exigir das partes e julgador atenção especial à variação temporal de cada espécie recursal. Melhor seria, contudo, impelir aos embargos o mesmo prazo dos demais recursos, pois é certo que o lapso ampliado implicaria insignificante efeito na duração do processo.

Dispositivo que assegura a operacionalidade do processo judicial, na linha do que acima se afirmou, é o que prevê a imediata produção de efeitos²³¹ da decisão recorrida, salvo disposição legal ou determinação judicial em sentido contrário. O que hoje vigora como exceção, notadamente a suspensividade dos efeitos da decisão, passa a ser regra. O Projeto prestigia a decisão monocrática, oportunizando a imediata materialização da norma contida no comando judicial.

A valorização dos juízos de primeiro grau, mais próximos do litígio concreto, representa uma salutar descentralização do poder jurisdicional, situado predominantemente nos órgãos colegiados, cuja atuação deveria ser direcionada a questões de real interesse em sua intervenção²³².

²³⁰ MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 278.

²³¹ Embora o texto fale em eficácia, é evidente que está a se referir a efeitos. Lembre-se, aqui, a distinção entre eficácia e efeitos. Na definição lexical, eficácia é a qualidade do que é eficaz. Todo ato válido, portanto, é dotado de eficácia, mas nem sempre produzirá efeitos, pois estes decorrem da concretização daquela.

²³² Vide MACEDO, *Jurisdição e processo*, p. 279.

O estatuto também prevê que não cabe recurso dos despachos judiciais. Evidentemente que a inovação não está a tratar de despachos destituídos de conteúdo decisório, que implicam ingerência na esfera de interesses das partes. Os despachos irrecorríveis, no caso, são aqueles cuja questão decidida não comporta agravo de instrumento, que, pela sistemática do novo CPC, possui um elenco expresso de hipóteses de interposição.

A irrecorribilidade momentânea de certas decisões interlocutórias, contudo, não significará preclusão, visto que, nos moldes do que sucede com o recurso ordinário no processo do trabalho, caberá à parte interessada manifestar sua irresignação no recurso de apelação interposto contra a sentença, ou, se for o caso, nas respectivas contrarrazões. A bem da verdade, tal como assinalado na Exposição de Motivos do Anteprojeto, origem do CPC de 2015, suprimiu-se o agravo retido, mas manteve-se o momento em que a decisão era submetida à análise do órgão recursal. A medida racionaliza e simplifica o procedimento, mas sem suprimir garantias processuais das partes, ao assegurar, embora em ocasião postergada, a oportunidade de impugnação.

O equívoco no preenchimento da guia de custas, segundo disposição do novo CPC, não implicará deserção recursal, incumbindo ao relator, em caso de dúvida quanto ao recolhimento, intimar a parte interessada a corrigir o vício, no prazo de cinco dias, ou requisitar informações ao órgão arrecadador. A intenção da regra projetada é resguardar não apenas o direito do recorrente de ver seu recurso processado, mas também evitar que aspectos estritamente formalísticos se sobreponham ao resultado justo e útil do processo.

No que diz respeito aos recursos em espécie, como antes mencionado, é na apelação ou respectiva resposta que a parte interessada deverá impugnar questões que não serão passíveis de interposição de agravo de instrumento. Arguida a irresignação nas contrarrazões, para preservar o contraditório, deverá o apelante ser intimado a manifestar-se.

O juízo de admissibilidade da apelação passa a ser realizado pelo tribunal. A medida põe fim ao juízo duplo que vigora no sistema atual, que torna a atividade da primeira instância, no ponto, praticamente inútil, visto que novo juízo de admissibilidade é realizado no órgão superior, seja pela via direta, com a subida da apelação, seja pela interposição de agravo de instrumento, em razão da negativa de seguimento ao apelo no juízo inferior.

O novo Código dispõe que a apelação terá efeito suspensivo, mas elenca, tal como o faz o art. 520 do CPC atual, as hipóteses que a sentença produz efeitos a partir da sua publicação, mediante cumprimento provisório, a saber: sentença que homologa divisão ou demarcação de terras; que condena à prestação de alimentos; que extingue sem resolução do

mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; que acolhe pedido de instituição de arbitragem; que confirma, concede ou revoga medida antecipatória; que decreta a interdição.

Tendo em vista que o processo deve ter utilidade concreta, mediante resolução acima de tudo da controvérsia que lhe deu origem, o novo CPC impõe à instância recursal dever de máximo empenho na resolução do litígio entre as partes. Se no sistema vigente (art. 515, §3º, do CPC) o tribunal pode, nos casos de sentença sem resolução do mérito, desde logo julgar a lide, desde que a causa verse exclusivamente sobre questão de direito e esteja em condições de julgamento, no modelo projetado o órgão recursal poderá analisar o mérito não apenas nas hipóteses de sentença sem resolução do mérito, mas em casos nos quais na atualidade os autos devem retornar ao juízo de primeira instância para julgar o mérito. É o que sucederá quando o tribunal constatar falta de fundamentação²³³, omissão acerca de pedidos da inicial, decretar nulidade da sentença por ser incongruente com os limites do pedido ou da causa de pedir e quando afastar a decadência ou prescrição reconhecida na sentença.

O agravo de instrumento terá suas hipóteses de cabimento limitadas à relação legal, visto que nem todas as decisões interlocutórias serão passíveis dessa espécie recursal. Os casos excluídos agora serão relegados à apelação, como acima mencionado. Dentre as decisões submetidas desde logo a agravo de instrumento encontram-se as que decidirem os incidentes de desconsideração de personalidade jurídica e de pedido de assistência judiciária gratuita.

No agravo interno, cabível contra decisão do relator no âmbito recursal, o Código prevê que lhe é vedado limitar-se a reproduzir os fundamentos da decisão agravada para negar provimento ao recurso. Assim como a parte recorrente, em qualquer espécie de recurso, tem o dever de aduzir razões que sustentam o pedido de reforma da decisão, impugnando os fundamentos da decisão recorrida, o mesmo deve ocorrer com o órgão julgador, ao qual incumbe expor os fundamentos que conduzem à refutação do inconformismo. A inovação não refere qualquer consequência à sua infringência, mas desde logo é possível deduzir que, desobedecida a vedação legal, caberá ao interessado arguir a nulidade da decisão.

O juízo de admissibilidade recursal efetuado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça adquiriu tal grau de rigorismo, que, em alguns casos, revela uma excessiva abstração processual em detrimento da realização do direito material. Ao conjunto

²³³ Acerca da diferença entre fundamentos e argumentos, Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO assinalam que os fundamentos são as proposições que podem levar à procedência ou à improcedência do pedido, ao passo que os argumentos são simples reforços teóricos realizados em torno dos fundamentos. Para os autores, o juiz deve analisar os fundamentos arguidos pelas partes, mas não tem o dever de avaliar seus argumentos. Vide *O projeto do CPC: crítica e propostas*. 2. tr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 42.

de decisões dotadas desse rigor formalístico cunhou-se inclusive a expressão “jurisprudência defensiva”.

A retórica das palavras às vezes impressiona. A novidade, não raras vezes, não passa de neologismos para fenômenos conhecidos e consolidados na prática cotidiana; em outros casos, o jogo semântico adquire até mesmo maior envergadura que o próprio objeto que procura identificar. Decisões pautadas no rigor da forma não são novidade no cenário jurisprudencial. A ideia de forma em si não é perniciosa. Ela é acima de tudo garantia das partes contra o arbítrio judicial. O problema ocorre quando os rituais formalísticos se sobrepõem irrefletidamente sobre a relação jurídica-base que fundamenta a existência do processo.

É natural que no âmbito de Tribunais que julgam anualmente dezenas de milhares de ações e recursos ressaltem uma vez ou outra decisões patológicas, amparadas no rigorismo técnico, impelidas talvez por um intuito reativo ao desenfreado impulso recursal do jurisdicionado. No entanto, abstraindo os excessos teratológicos, não se pode deduzir das exceções algo orgânico e sistematizado, a ponto de chamá-lo de jurisprudência.

Pelo Projeto, eventual vício formal dos recursos extraordinário e especial não implicará necessariamente prejuízo à análise das Cortes Superiores, que poderão desconsiderá-lo ou determinar sua correção, desde que o recurso seja tempestivo e o defeito não seja reputado de maior gravidade. Embora a norma estabeleça uma faculdade, condicionada em qualquer caso às situações em que o vício seja de menor vulto, constata-se que o Projeto prioriza o exame do mérito recursal, na linha de mitigar a abstração processual em prol do resultado útil do processo, notadamente o equacionamento da ofensa à Constituição Federal ou à lei federal, conforme seja o caso de recurso extraordinário ou recurso especial. Essa passagem do novo CPC demonstra a intenção de se conferir à atividade jurisdicional meios aptos, no dizer de Elaine Macedo e Daniele Viafore, à eficaz realização da justiça material²³⁴.

A proposta coloca as coisas no seu devido lugar: uma questão recursal formal, que não se revele como erro grosseiro, não pode dar ensejo à perpetuação de uma violação constitucional ou infraconstitucional, assim como a higidez da Constituição ou da lei federal não pode ficar vulnerável à capacidade da parte de bem manusear os instrumentos formais.

Outro aspecto a salientar refere-se à possibilidade de o relator do recurso especial considerar que o recurso versa sobre questão constitucional, caso em que, oportunizando ao

²³⁴ MACEDO, Elaine Harzheim e VIAFORE, Daniele. *A decisão monocrática e a numerosidade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 181.

recorrente demonstrar a existência de repercussão geral, remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, que, contudo, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-los ao Tribunal remetente. O mesmo poderá suceder em sede de recurso extraordinário se o Supremo Tribunal Federal entender como reflexa a afirmada ofensa ao texto constitucional, o que importará no envio dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, para julgamento como recurso especial.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Porque a justiça é algo de mais humano que possuímos e por isso mesmo é o que mais nos distancia do resto dos seres vivos²³⁵, necessitamos constantemente almejar o seu aprimoramento, adequando sua administração às exigências da vida contemporânea.

O processo judicial, como reiteradamente ditado nas definições doutrinárias, compõem-se de uma série de atos tendentes à prolação da sentença. No entanto, o sistema permite que, após essa sequência de atos, seja proferida decisão versando apenas sobre questão preliminar à relação-base, apontando os deslizes no manuseio da racionalidade técnica-processual. O saber técnico, nesse quadro, inverte a ordem natural das coisas, pois torna-se fator de realização de suas próprias categorias, deixando a plano secundário os valores humanos envolvidos no drama judicial.

Percebe-se, contudo, um gradativo distanciamento desse ideal abstracionista, pautado na justiça formal, cujo marco inicial se deu na metade do século XIX, consolidando-se no curso do século seguinte. O processo da atualidade ruma em direção à justiça material, na qual importa antes de tudo a resolução do litígio inerente à relação jurídica básica, margeando-se as virtualidades da relação jurídica processual.

Nesse mesmo sentido, o Projeto do novo CPC, mais especificamente a sua parte recursal, apresenta disposições que, bem interpretadas e aplicadas pelos operadores jurídicos, realçarão o processo judicial como espaço de realização da justiça substancial.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

²³⁵ NIEVA-FENOLL, Jordi. *La humanización de la justicia*. In Revista de Processo, ano 37, n. 210, ago. 2012, p. 184.

AROCA, Juan Montero. **El derecho procesal em el siglo XX**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BÜLOW, Oskar Von. **Excepciones procesales e presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**: estudios sobre el proceso civil. V. III. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

CUNHA, Marcelo Garcia da. Hiperprocessualização e congestionamento jurisdicional: a sustentabilidade como marco transformador. In **Revista Síntese Direito Ambiental**, v. 4, n. 19, maio-jun.2014, p. 41-56.

LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**: principi. Sesta edizione. Milano: Giuffrè, 2002.

MACEDO, Elaine Harzheim. Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. e VIAFORE, Daniele. **A decisão monocrática e a numerosidade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. 2. tr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NIEVA-FENOLL, Jordi. La humanización de la justicia. In **Revista de Processo**, ano 37, n. 210, ago. 2012, p. 183-198.

RICARDI, Nicola e NUNES, Dierle. **O código de processo civil brasileiro**: origem, formação e projeto de reforma. In *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, n. 190, abril-jun. 2011, p. 93-120.

TESHEINER, José Maria. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

A SÚMULA 456 DO STF. A INTERPRETAÇÃO DADA PELO STF E O NOVO CPC

José Miguel Garcia Medina²³⁶
Rafael de Oliveira Guimarães²³⁷

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo visa fazer uma pequena abordagem sobre a interpretação da súmula 456 do STF. O verbete editado pelo Supremo Tribunal Federal na década de sessenta, ao preceituar que a Corte de Cúpula deve aplicar o direito à espécie quando conhecido o recurso excepcional, é objeto de críticas das mais variadas.

Embora uma interpretação literal possa levar à conclusão de que se conhecido o recurso excepcional automaticamente o meio de impugnação já poderá abordar qualquer questão da demanda, diversas conclusões a respeito entraram em debate. Existem entendimentos de que o ventilado verbete possibilitava o conhecimento de matérias de ordem pública quando conhecido o recurso especial ou extraordinário, que conhecido o apelo nobre o conhecimento das matérias de ordem pública estariam atinentes somente ao capítulo impugnado²³⁸, entendimentos de que somente depois de provido um recurso nas Cortes Superiores é que seria permitido o conhecimento da causa. Ainda, recentemente, o Projeto do Novo Código de Processo Civil – após as modificações realizadas na Câmara dos Deputados – está tratando do tema, aparentemente, preceituando como se fosse possível conhecer de qualquer questão em sede de recurso excepcional se ultrapassado o exame de admissibilidade recursal.

Devido a tal problemática, é vital um exame histórico do surgimento da mencionada súmula, uma abordagem sobre a função dos recursos especial e extraordinário, bem como o processamento dos

²³⁶ Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Fez Pós-doutoramento nas Universidades de Sevilla-Espanha e Columbia-EUA. Professor de Direito Processual Civil na Universidade Estadual de Maringá-PR. Professor no Mestrado da UNIPAR (Umuarama-PR). Advogado em Maringá-PR e Brasília-DF.

²³⁷ Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Ex-Professor de Direito Processual Civil na Universidade Estadual de Maringá-PR. Professor na Pós-Graduação na UNIPAR (Umuarama-PR) e PUC-RJ Professor na Escola da Magistratura do Paraná. Advogado em Maringá-PR e Brasília-DF.

²³⁸ “uma vez conhecendo do recurso excepcional, poderá examinar toda a causa – limitada ao(s) capítulo(s) impugnado(s), obviamente –, com profundidade, cabendo-lhe, inclusive, apreciar questões de ordem pública, aí incluídos vícios contidos na decisão recorrida.” (FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; VIEIRA, Albino Carlos Martins; COSTA, Mauro José Gomes da. *Súmulas do STF. Organizadas por assunto. Anotadas e comentadas*. 7. ed., Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 391)

mesmos para que se possa emitir um juízo de valor sobre a interpretação da súmula 456 do Supremo Tribunal Federal.

2 A FUNÇÃO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Os recursos excepcionais têm como fontes básicas dois recursos de ordenamentos diversos: a) o *writ o error* do direito norte-americano²³⁹, que teve como objetivo sanar as divergências de interpretações dadas pelas províncias logo após a independência dos Estados Unidos; b) o recurso de cassação do direito francês – que acabou influenciando toda a Europa -, pois, principalmente depois de 1790, com a criação do Tribunal de Cassação da França, passou a ser um “sentinela permanente da manutenção da lei.”²⁴⁰

De acordo com os manuais de processo civil franceses, o Recurso de Cassação é manejado “todas as vezes que houver uma violação à lei, pois o objetivo da Corte Suprema é reprimir as ilegalidades na aplicação da lei e servir para regular a jurisprudência”²⁴¹, ou seja, ainda usando uma velha concepção de Hart, de que a compreensão da norma deve ser da forma que os Tribunais a interpretam²⁴², nos recursos excepcionais essa função de dizer o direito tem importância ressaltada.

Vê-se que a função principal dos recursos excepcionais é zelar pela correta aplicação do ordenamento jurídico²⁴³, mais precisamente dar a real interpretação ao texto legal ou ao espírito deste²⁴⁴. Tal função se subdivide em duas: a) determinar como os órgãos jurisdicionais ordinários devam interpretar uma norma; e b) uniformizar a jurisprudência e corrigir erros de interpretação de dispositivos legais.

²³⁹ Cf. SILVA, José Afonso da Silva. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 28-29.

²⁴⁰ WEBER, Jean-François. *La Cour de Cassation*. Paris: La Documentation Française, 2006. p. 15.

²⁴¹ VINCENT, Jean. *Procédure civile*. 14. ed. Paris: Dalloz, 1969. p. 667.

²⁴² “Em uma interpretação restrita, o reconhecimento por um tribunal como um critério de pertencimento poderia significar que não se pode afirmar que uma regra pertence a um sistema jurídico até que ela seja realmente aplicada por um tribunal que decide sobre o caso.” (HART, Hebert Lionel Adolphus. *Ensaio sobre teoria do Direito e Filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 383)

²⁴³ Ordenamento jurídico aqui entendido como o conjunto de normas jurídicas que regulam as situações jurídicas pertinentes. Cf. “É para dar a entender melhor esta parte, digo como em Roma eram as ordens do Governo, ou, na realidade do Estado, e as leis que os magistrados aplicavam para formar os cidadãos; esta é a primeira etapa da passagem para o significado de Ordenamento, no sentido institucionalista de Romano, ou seja, o complexo unitário da experiência jurídica. Em seguida, Frosini mostra a equivalência funcional de significado entre *Ordinamento* e *Ordine*. [...] O primeiro pode ser entendido como o conjunto das normas que regulam as situações jurídicas pertinentes a uma categoria social, que, ao invés, vem designada com a segunda palavra.” (ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. *Idéia de sistema e de ordenamento no direito*. Porto Alegre: Fabris, 1986. p 42)

²⁴⁴ “O recurso de cassação, por sua vez, passou a ser um efetivo meio de impugnação, outorgado aos jurisdicionados, cujo cabimento era permitido não apenas por violação à literalidade da norma, mas também ao seu espírito.” (BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 165).

Desta função de uniformizar o entendimento sobre as questões de direito segundo os ensinamentos de John Henry Merryman²⁴⁵, é que se extrai o que provavelmente é uma das principais características dos Tribunais competentes para o julgamento dos recursos excepcionais, que vem a ser o de não ser uma terceira instância²⁴⁶. Como preceituam Sérgio Chiarloni e Roberta Tiscini²⁴⁷, tais recursos têm o objetivo de tutelar a unidade do direito objetivo nacional²⁴⁸.

A causa de admissibilidade dos recursos excepcionais não provém de possível injustiça efetuada no caso concreto, pois isso é matéria de discussão do direito subjetivo do jurisdicionado, passível de ventilação somente nos Tribunais locais. Os recursos excepcionais, embora agasalhem a característica de recurso, não são necessariamente vistos como recursos genuínos, justamente por suas causas de admissibilidade.

Os recursos excepcionais não têm em sua gênese a função de tutelar o direito da parte, esse já foi tutelado nos dois exames que o princípio do duplo grau de jurisdição preconiza. Os recursos excepcionais são recursos de direito objetivo, no interesse do sistema e não da parte, que devem ser manejado preponderantemente com esse fim.

O recurso excepcional é manejado com o objetivo de impugnar a questão jurídica específica que o Tribunal local decidiu, visando que ele (Corte de Cassação) diga “o que é o direito” ou o “o que o ordenamento jurídico entende naquela questão de direito”. Essa função de dizer o que é o direito,

²⁴⁵ Função salientada por John Henry Merryman: “Además de la apelación técnica, la parte inconforme tiene generalmente el derecho de una nueva audiencia ante un tribunal superior. En algunas jurisdicciones (como en Francia e Italia), este procedimiento es el recurso de casación; en otras (como em Alemania) se llama revisión. Em ambos casos, la función es similar: proveer una determinación definitiva, autorizada, de todas las cuestiones de derecho involucradas en el caso.” (MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canonica*. 2. ed., Ciudad del Mexico: FCE, 2002, p. 227)

²⁴⁶ “Ce décalage d’interêt s’explique très bien par la nature spécifique de la Cour qui n’est pas un troisième degré de jurisdiction contrairement à l’image complaisamment véhiculée, mais n’est que La jurisdiction chargée de veiller à la correcte application de la loi par les juges, afin que chacun soit assuré d’une véritable égalité des citoyens devant la justice.” (WEBER, Jean-François. *La Cour de Cassation*. Paris: La Documentation Française, 2006. p. 9).

²⁴⁷ “L’intervento della giurisprudenza di legittimità si fa meglio apprezzare *ex latere* della nomofilachia, non essendovi qui attrito tra funzione astratta del rimedio e suo concreto operare. Nei giudizi camerali contenziosi, tale intervento consente di trasformare (attraverso veri e propri interventi di chirurgia plastica) um procedimento di per sé astrattamente inidoneo alla soluzione di controversie, in procedimento a cio consono. La funzione nomofilattica v aqui oltre l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, o l’unità del diritto oggettivo nazionale, e si indirizza verso um sistema ignoto al diritto positivo, ma conforme a Costituzione.

Quale que sai li valore da attribuire alla nomofilachia (nella sua accezione ‘negativa’ – esatta osservanza – o ‘positiva’ – uniforme interpretazione), è indubbio che essa si muove entro i margini dell’attribuzione di significato ad um testo di legge esistente, ed è volta a trasformare Il precetto astratto in contenuto concreto per Il singolo caso (esatta osservanza) o in generale (uniforme interpretazione).” (TISCINI, Roberta. *Il ricorso straordinario in cassazione*. Torino: Giappicheli Editore, 2005. p. 453).

²⁴⁸ “La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura La esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, (e) l’unità del diritto oggettivo nazionale.” (CHIARLONI, Sergio. Un singolare caso di eterogenesi dei fini, irremediabile per via di legge ordinária: La garantia costituzionale del ricorso in cassazione contro Le sentenze. 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 Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 846).

naquela questão jurídica posta, é chamada de função nomofilática²⁴⁹. Embora alguns pensem ser injusto afirmar que os recursos excepcionais têm importância destacada dos outros recursos, essa é a opinião defendida no breve estudo, justamente porque, em tais recursos, é que se realiza a função nomofilática de manifestação acerca do correto entendimento do direito objetivo – única função e permissão dada aos recursos excepcionais – e como consequência, orientam todo um sistema jurídico²⁵⁰.

Posição interessante revela Sérgio Chiarloni. Para o autor, existe outro princípio constitucional por trás da função nomofilática dos Tribunais: o da isonomia²⁵¹. Os jurisdicionados, ao depararem com uma interpretação legal dada por um órgão jurisdicional ordinário de última instância que destoa da interpretação dada pelo órgão de superposição, têm o direito de invocar esse “Tribunal de Cassação” para fazer valer aquela mesma interpretação em sua demanda.

Em suma, os recursos excepcionais são meios legais postos à disposição dos cidadãos para provocar os Tribunais de superposição, a fim de que estes digam qual o real entendimento de uma norma jurídica²⁵² e, com esse fim devem ser manejados e processados.

²⁴⁹ Segundo Calamandrei, nomofilática “vem da união das palavras gregas ‘nomos’, a significar ‘lei’, e ‘filático’, quem vem de ‘phylaktikós’, relativo à ‘preservação’”. (CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2007. t. II. p. 54.)

²⁵⁰ Sistema jurídico que segundo Karl Engisch deve ter exatidão na sua compreensão, ou seja, deve ter uma interpretação isonômica em todos os casos, “o conceito jurídico necessita de segurança no seu conteúdo e exactidão nos seus limites.” (ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, p. 139). Joseph Raz entende que o sistema que possui essa exatidão quando respeitado pelo jurisdicionado. Cf. “They may include pride that the law of one’s country is by the large enlightened and progressive, satisfaction that one lives under the protection of an adequate legal system, respect or even admiration for institutions or persons involved in creating or administering the law and for symbols of the law (the court house, etc.)” (RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed., Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 251). O desrespeito à norma causa o enfraquecimento do sistema jurídico. Cf. “Ademais, o agente pode seguir a regra mesmo que não tenha quaisquer crenças sobre porque ele está justificado em segui-la, por razões prudenciais (esse pode ser seu melhor jeito de garantir uma vida confortável ou de evitar constrangimento social, etc.), ou até mesmo por razões morais baseadas na sua rejeição moral ao sistema. Um anarquista, por exemplo, pode ser tornar juiz, pois se ele seguir a lei na maior parte do tempo, poderá desobedecê-las em algumas poucas, mas importantes, ocasiões em que isso acarretará o enfraquecimento do sistema.” (RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Tradução José Garcez Ghirardi. São Paulo: Elsevier, 2010, p. 145). Ou seja, a norma interpretada de forma isonômica em todo o país traz confiança, respeito e até mesmo obediência ao sistema jurídico.

²⁵¹ “Com riferimento al processo civile se um giudice di merito decide una controversia scostandosi dai precedenti uniformi della corte di cassazione, Il soccombente vede violata La parità di trattamento nell’applicazione della legge con le parti di altri processi che anno visto altri giudici di merito uniformarsi a quei precedenti. La garanzia del ricorso di riparare in una situazione del genere ha la funzione di riparare alla violazione del principio di uguaglianza sofferto da quel soccombente.” (CHIARLONI, Sergio. Un singolare caso di eterogenesi dei fini, irremediabile per via di legge ordinária: La garantia costituzionale del ricorso in cassazione contro Le sentenze. 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 Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 848).

²⁵² “Les finalités imparties au mécanisme du recours en cassation consistent à assurer l’unité d’interpretation des règles de droit.” (BARBIÉRE, Jean-Jacques. *La procédure civile*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 116). Norma jurídica para Kelsen é “o termo se designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p. 1)

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS JUÍZOS DE CASSAÇÃO E REVISÃO

Quando se realiza um estudo sobre o recurso de cassação, principalmente no direito europeu, dois ordenamentos jurídicos são analisados como base: o francês e o italiano. Nesses ordenamentos, o que se verifica é um juízo de mérito bifásico, ou seja, depois de ultrapassado os pressupostos de admissibilidade, o recurso poderá ter parte de seu julgamento realizado pela Corte de Cassação – o que na Europa equivaleria ao Superior Tribunal de Justiça -, parte realizado pela Corte de Apelação – o que na Europa equivaleria aos nossos Tribunais locais. Explica-se. Nesses ordenamentos jurídicos mencionados, a Corte de Cassação exerce uma função exclusivamente de direito objetivo. Nela se decide somente se a lei foi corretamente interpretada ou não. Se, caso entenda a Corte Superior que a interpretação foi correta, ali se encerra a causa, com a negativa de provimento do recurso ante o fato de o Tribunal local ter dado a correta interpretação à questão de direito. Agora, caso se entenda que a lei não foi interpretada de maneira adequada, ou seja, quando for dado provimento ao recurso excepcional, a Corte realiza a “cassação”, estabelece como a norma deveria ser interpretada²⁵³, e na grande maioria dos casos, determina a baixa dos autos para outro Tribunal de Apelação para a aplicação da questão de direito corretamente decidida ao caso concreto.

Exemplificando. Seria como se o Tribunal do Rio Grande do Sul tivesse decidido no acórdão recorrido que poderiam ser arbitrados honorários advocatícios de três por cento sobre o valor da causa, num pedido condenatório procedente. O STJ, conhecendo do recurso especial, iria somente decidir que em caso de pedido condenatório procedente, o valor dos honorários deve ficar entre dez e vinte por cento sobre o valor da causa, ante a inteligência do art. 20, § 3.º, do CPC – um juízo eminentemente de direito e divergente do Tribunal local. Após esse juízo de cassação positivo, a Corte Superior envia os autos a outro Tribunal local, o de São Paulo, por exemplo, que, avaliando as circunstâncias da causa, arbitrará um valor entre dez e vinte por cento a título de honorários sucumbenciais. Os autos são enviados a outro Tribunal local porque nos ordenamentos francês e italiano, a Corte de Cassação somente tem função de jurisdição extraordinária – de direito objetivo – e necessita enviar os autos para uma Corte de jurisdição ordinária, porque essa sim pode realizar um juízo de valor com base nas

²⁵³ No direito francês, é estabelecida a *regle de droit* (regra de direito). “La Cour de Cassation n’est pas de statute sur les pretentions des parties pour les départager: son seul role est de rechercher si le juge a correctement appliqué la règle de droit et d’annuler son jugement (de le ‘casser’) s’il appraît que la loi n’a pas été respectée. C’est tout.” (PERROT, Roger. *Institutions judiciaires*. 12. ed. Paris: Montchrestien, 2006. p. 179). Na Itália se estabelece o *principio di diritto* (princípio de direito). “Il primo limite è costituito dal principio di diritto, che rappresenta la *ratio decidendi* seguita dalla Corte.” (CARPI, Federico; COLESANTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. *Commentario breve al codice di procedura civile*. 4. ed. Padova: Cedam, 2002. p. 1161). Estabelece-se como a questão de direito deve ser decidida, e somente depois se envia ao Tribunal local para que seja aplicada ao caso concreto. Cf. o estudo de um dos autores: GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *Proposta de sistematização da cognição de ofício nos recursos excepcionais*. São Paulo, 2013, 308 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Prof. Arlete Inês Aurelli, p. 180 e ss.

circunstâncias fáticas da causa e dar uma solução final a essa com base na premissa estabelecida na Corte Superior – esse último, um juízo de revisão. Nesses ordenamentos jurídicos se verifica de uma forma fácil a separação dos juízos de cassação e revisão porque os juízos são realizados por Cortes distintas.

Há países como a Espanha que previam a forma semelhante à de França e Itália, mas aglutinaram os juízos de cassação e revisão no Tribunal Superior em 1984²⁵⁴. Isso não significa dizer que os juízos de cassação e revisão deixaram de existir, eles apenas são realizados pelo mesmo órgão que, no caso, realiza uma função típica – a de jurisdição extraordinária quando do juízo de cassação – e uma atípica – a de jurisdição ordinária quando realiza o juízo de revisão.

No Brasil, não há previsão de envio da causa a um Tribunal local para realização do juízo de revisão quando um recurso especial tem o juízo de cassação positivo, ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro já nasceu com o mesmo órgão jurisdicional realizando as duas fases do julgamento de mérito.

De acordo com a tradição jurídica brasileira e o preceituado por nossa Constituição da República, depois de realizada a cassação do acórdão recorrido, em regra, não há esse “reenvio” ao Tribunal *a quo* para que esse julgue as questões fáticas. No ordenamento jurídico brasileiro, o julgamento do recurso excepcional é semelhante ao de uma ação rescisória no julgamento de mérito, em que há, no mesmo ato, uma manifestação desconstituindo uma decisão (juízo rescindente) quando constatado o erro de interpretação literal da norma, e, posteriormente, um julgamento no sentido se verificar qual solução deveria ter sido dada ao caso (juízo rescisório).

Diante de tais considerações, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, “o juízo de mérito, nos recursos especial e extraordinário, é, na verdade, bipartido. Há o juízo de cassação (reconhecimento da ilegalidade ou da inconstitucionalidade) e o rejuízo”²⁵⁵.

Disso se retira que, em regra, os Tribunais Superiores brasileiros quando do exame dos recursos excepcionais realizam, se provido o recurso, um julgamento de mérito bipartido em que primeiramente, cassam o acórdão por interpretação errônea de um dispositivo legal (juízo de cassação), fase em que somente se discute questão de direito. Ou seja, há o pronunciamento eminentemente de direito objetivo e, em seguida, realiza-se o juízo de revisão, que é quando o Tribunal decide como o caso concreto deveria ter sido decidido. Nesta segunda fase do julgamento de mérito, quando provido o recurso, é que Tribunal Superior tem o contato com o direito subjetivo, eventualmente apreciando os fatos da causa, se necessários e convenientes para o deslinde do processo.

²⁵⁴ Cf. FERREIRA, Fernando Amâncio. *Manual dos recursos em processo civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002.p. 250.

²⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 383.

4 ASPECTOS HISTÓRICOS E O SURGIMENTO DA SÚMULA 456/STF

A mencionada Súmula da Corte Suprema tem a seguinte redação: “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do Recurso Extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie,” e, certamente influenciou de forma decisiva o Superior Tribunal de Justiça, ao adotar o mesmo critério de julgamento nos recursos especiais, inclusive inserindo o art. 257²⁵⁶ em seu regimento interno, com redação semelhante ao enunciado do STF.

Com relação à interpretação mais precisa, para fins de encontrar o fundamento da redação da Súmula 456 do STF, imprescindível fazer a análise do contexto histórico em que ela foi editada, pois, segundo Francesco Carnelutti²⁵⁷, para extrair o melhor sentido de uma norma de muitas décadas atrás, necessária a confrontação de outras palavras de outras leis que tenham regulado ou regulem a mesma matéria no tempo e no espaço.

Tércio Sampaio Ferraz Junior²⁵⁸ adverte que, para uma interpretação histórica, é preciso se ater aos *precedentes normativos*, ou seja, às normas que vigoraram antes e as que vigoram no momento da edição de uma norma. Nos dizeres de Karl Engisch²⁵⁹, é indispensável se circunscrever à *situação normativa* posta quando da concepção de uma norma para se realizar a interpretação histórica.

Pois bem. A mencionada Súmula foi editada ainda na vigência da Constituição de 1946, que, em seu art. 101, inc. III, tinha redação similar à redação do art. 102, III, da CF/88, ou seja, pregava que

²⁵⁶ “No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

²⁵⁷ “O critério sistemático para a busca dos materiais da interpretação literal é o único que a lei impõe, mas não é o único que a experiência aconselha: lembremos aqui, além disso, o critério histórico em comparativo. É fora de dúvida que para fazer ressaltar o valor das palavras usadas pelo legislador serve a confrontação de outras palavras de outras leis que tenham regulado ou regulem a mesma matéria no tempo e no espaço. Em especial, os chamados precedentes legislativos contribuem a apresentar perante os olhos do intérprete uma massa de materiais, sobre os quais terá de exercitar logo sua apreciação.” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1. p. 178).

²⁵⁸ “[...] às vezes, a ideia de uma interpretação histórico-evolutiva. É preciso ver as condições específicas do tempo em que a norma incide, mas não podemos desconhecer as condições em que ocorreu sua gênese. Para o levantamento das condições históricas, recomenda-se ao intérprete o recurso aos precedentes *normativos*, isto é, de normas que vigoraram no passado e que antecedem à nova disciplina para, por comparação, entender os motivos condicionantes de sua gênese.” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 299)

²⁵⁹ “[...] tomar em linha de conta a situação jurídica existente no momento em que a lei foi editada, situação essa que é de presumir o legislador teve presente. A interpretação teleológica e a interpretação histórica entrelaçam-se uma na outra, especialmente quando é posto a descoberto o fim que o legislador teve em mente.” (ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, p. 144)

era o STF o órgão competente para “julgar a causa” em sede de recurso extraordinário²⁶⁰ quando houvesse “violação a dispositivo constitucional”. Por esse motivo, o de que o julgamento da causa só ocorrerá depois de constatada a interpretação errônea de dispositivo constitucional, pode se extrair o entendimento de que o cabimento do recurso excepcional só ocorreria quando efetivamente fosse constatada violação à legislação, ou seja, o juízo de admissibilidade positivo dessa época abarcava também o juízo positivo de cassação. Pela letra da Constituição já se poderia entender que o conhecimento do recurso excepcional importaria uma detecção de erro de interpretação de lei, para depois se julgar a causa, decidindo-se sobre o bem da vida, e realizando a juízo de revisão como explanado acima.

José Carlos Barbosa Moreira, em artigo doutrinário de 1998, parecia estar satisfeito com o fato de os ministros estarem realizando adequada distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito nos recursos excepcionais. Segundo o citado jurista, antes do final do Século XX, quando um Tribunal Superior entendia que não havia violação à legislação, decidia pelo não conhecimento do recurso.²⁶¹ Por tais motivos, muito provavelmente, em 1964 (quando da promulgação da Súmula 456), quando o juízo de admissibilidade de um recurso excepcional fosse positivo, já havia a certeza de que um dispositivo legal tinha sido violado, ou melhor, estava declarado que a interpretação dada pelo Tribunal *a quo* a uma norma jurídica teria sido errônea.

Através de outra Súmula do STF, também é possível detectar como era o juízo de admissibilidade de um recurso extraordinário da época. A Súmula 249, anterior a 1964, tinha o seguinte enunciado: “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tenha conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.” Pergunta-se: como o STF poderia apreciar uma questão de direito sem conhecer do recurso? Tal hipótese ocorreria quando a questão fosse sobre a admissibilidade, ou, a mais comum, quando o STF tivesse exercido juízo de admissibilidade negativo no recurso extraordinário, *declarando o não cabimento do recurso por não ter havido violação à legislação*.

Ainda, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal vigente em 1964 era o Regimento de 1940, que, segundo Theotônio Negrão, em seu art. 193, tinha o mandamento de que, em recurso extraordinário, o STF “julgará o feito, mas a sua decisão, quer confirme, quer reforme a sentença

²⁶⁰ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida.”

²⁶¹ “Dito isso, é possível enunciar como se segue a questão controvertida. Supondo-se que o Superior Tribunal de Justiça chegue à conclusão de que o acórdão impugnado pelo recorrente não contém o alegado erro, isto é, não contrariou a lei mencionada, que decisão deve proferir? A prática por longo tempo reinante vem consistindo e proclamar que não *se conhece* do recurso especial – e o mesmo ocorre desde a vigência das precedentes Constituições, no Supremo Tribunal Federal, quanto à hipótese análoga do recurso extraordinário.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento do recurso especial *ex art. 105, III, a*, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa. *Revista Forense*, n. 349. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 77).

recorrida será restrita à questão federal controvertida.”²⁶² Nesse sentido, verifica-se que para o STF entendia pelo seu regimento que o julgamento da causa somente ocorreria após a verificação de erro de aplicação da lei, e somente atinente à questão federal controvertida.

Flávio Cheim Jorge e Felipe Teles Santana ventilam essa ideia de se cingir ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Segundo os mencionados processualistas, utilizando-se de Regimento Interno anterior ao mencionado no presente estudo – o de 1894 –, entendem da mesma forma aqui exposta: no sentido de que o Regimento Interno pregava pela possibilidade de se aplicar o direito à causa, desde que fosse após o conhecimento da questão federal, e nos limites do impugnado pelo recorrente. Desta forma, a Súmula 456 do STF nada mais faz do que trazer o mesmo entendimento por outras expressões, mas tem idêntico significado, o de que conhecer o recurso para a época nada era do que reconhecer a efetiva violação a dispositivo legal. Entender de forma diversa, no sentido de que é permitido ao Tribunal Superior conhecer de outras questões da causa que não as trazidas pelo recorrente, pelo simples conhecimento do recurso, é deturpar totalmente a razão de ser da mencionada Súmula e, ainda, portar o recurso excepcional para a mesma classe dos recursos ordinários, pois estará examinando questões fáticas e o direito subjetivo do recorrente, sem qualquer permissão legal.²⁶³

Kátia Aparecida Mangone revela interessante estudo sobre o surgimento da mencionada Súmula, afirmando que os precedentes que a geraram tratam da possibilidade de aplicação do direito à espécie após a constatação da violação à legislação²⁶⁴, não podendo assim, o referido enunciado, ser a

²⁶² “Os pressupostos devem ocorrer em relação a cada uma das questões autônomas (RTJ 61/682; no mesmo sentido RTJ 105/785, especialmente p. 789); cf. Súm 528 do STF. Esta a razão pelo qual o antigo Regimento Interno do STF (aprovado em 10.04.40 – v. RF 82/525) assim dispunha: se o STF conhecer do recurso, ‘julgará o feito, mas a sua decisão, quer confirme, quer reforme a sentença recorrida, será restrita à questão federal controvertida’ (art. 193)” (NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil comentado*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. nota I ao art. 324 do RISTF. p. 2102).

²⁶³ “O correto intento há muito vinha revelado no conteúdo da última parte do art. 24 da Lei 221, de 20.11.1894 – reproduzido integralmente pelo art. 193 do RISTF da época -, que dispunha acerca da ‘completa organização da Justiça Federal da República’, donde se extrai que a decisão do Supremo, quer confirme, quer reforme a sentença recorrida, será restrita à questão federal controvertida, in verbis: ‘art. 24. O Supremo Tribunal Federal julgará os recursos extraordinários das sentenças dos tribunais dos Estados ou do Distrito Federal nos casos expressos nos arts. 59 § 1.º e 61 da Constituição e no art. 9.º, parágrafo único, letra (c) do decreto n. 848 de 1890, pelo modo estabelecido nos arts. 99 e 102 do seu regimento interno, mas em todo caso a sentença do tribunal quer confirme, quer reforme a decisão recorrida, será restricta à questão federal controvertida no recurso sem estender-se a qualquer outra, por ventura, compreendida no julgado’ Não por outra razão que se vê que a hodierna corrente de pensamento do STJ não se amolda à nossa sistemática recursal. Com efeito, esse entendimento também denota estar havendo um desvirtuamento do papel do próprio STJ, frustrando a ambição constitucional nele creditada. O que parece não se ter percebido é que o fundamento que permite a apreciação de ofício das questões de ordem pública leva inequivocamente à transformação do recurso especial em um recurso de natureza ordinária – tal qual o recurso de apelação.” (JORGE, Flávio Cheim; SANTANA, Felipe Teles. Uma análise crítica sobre o recurso especial e o conhecimento de matérias de ordem pública. *Revista de Processo*, n. 213. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2012. p. 355-356.)

²⁶⁴ Cf. MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial*. São Paulo, 2010, 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-

justificativa para a cognição de ofício ou outras questões da causa pela simples superação do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais.

Luciano Vianna Araújo traz precioso estudo específico sobre o tema²⁶⁵. Nele o autor faz um histórico do surgimento da súmula, também citando os precedentes que a geraram²⁶⁶. Embora não sejam expressos, os precedentes entendem pela aplicação do direito à espécie após o conhecimento do recurso (redação literal da súmula), mas preceituam essa “fase” de conhecimento como o correto entendimento sobre a questão de direito, ou seja, já iniciando uma fase de provimento do recurso para a hermenêutica atual.

Por tais motivos, a interpretação da súmula à época deve ser o de que “após reconhecido que uma norma jurídica foi mal interpretada em um julgamento do Tribunal *a quo*, o STF deve aplicar o direito à espécie somente na questão jurídica discutida em sede de recurso extraordinário.” Os Tribunais Superiores, no caso de recursos excepcionais, após esse juízo de cassação, devem, realizar o juízo de revisão, que nada mais é do que dar a solução prática, ou a tutela jurisdicional final ao recorrente, declarando como a sentença de primeiro grau deveria ter sido confeccionada.

5 A INTERPRETAÇÃO DADA PELA JURISPRUDÊNCIA E PELA DOUTRINA

Como dito acima, tendo em vista os aspectos históricos do surgimento da Súmula 456 do STF, a leitura do enunciado deve ser o de aplicar o direito à espécie depois de definir pelo provimento do recurso, ainda assim dentro da questão de direito impugnada e modificada no acórdão recorrido.

Uma leitura rápida do enunciado leva à tentadora conclusão de que o simples conhecimento do recurso excepcional autoriza aplicar o direito ao caso concreto, como se o conhecimento do recurso implicasse no rejuízo da causa. A ideia leva ao entendimento de que a Turma tem o poder de, depois de conhecido o recurso, realizar um julgamento do direito subjetivo do recorrente e, eventualmente, até do recorrido, aplicando-se uma interpretação extensiva ao enunciado do STF e ao dispositivo do Regimento Interno do STJ.

Com base na interpretação literal da Súmula, muitos doutrinadores, entendem que pelo fato de um recurso ser conhecido, já é permitido ao Tribunal Superior o conhecimento de ofício de todas as

Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Cássio Scarpinella Bueno.p. 212 e ss.

²⁶⁵ ARAÚJO, Luciano Vianna. A aplicação do direito à espécie pelas Cortes Superiores: uma opção legislativa no Projeto do Novo CPC. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO; Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.) *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. III, p. 220.

²⁶⁶ RE 46.988, AI 23.496 e RE 35.833.

matérias de ordem pública²⁶⁷. O Superior Tribunal de Justiça, em muitos julgados, também adotou a ora criticada tese²⁶⁸.

De outro lado, e com esse pensamento ora se comunga, José Carlos Barbosa Moreira interpreta a mencionada súmula de modo diametralmente diverso do acima exposto. Pontua o processualista que esse “exame de questão recursal” é atinente somente ao objeto impugnado pelo recorrente, ou seja, deve o Ministro relator ao conhecer o recurso, examinar se houve interpretação errônea de dispositivo legal e, em caso positivo, dar a solução jurídica e fática mais adequada à lide recursal, independentemente da matéria que eventualmente envolva a causa em seu todo.²⁶⁹

²⁶⁷ “Em razão da aplicação do entendimento contido na Súmula 456 do STF, os recursos especial, extraordinário e de embargos de divergência, uma vez conhecidos, ocasionam o efeito translativo, ou seja, o STF e o STJ não ficam adstritos ao raio de devolução da matéria alegada, pois a sua cognição é sobre toda a causa, revendo a admissibilidade do processo – questões de ordem pública, ligadas às condições da ação e pressupostos processuais.” (GÓES, Gisele Santos Fernandes. Recurso especial, extraordinário e embargos de divergência: efeito translativo ou correlação recursal? *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22. São Paulo: Dialética, jan. 2005. p. 64) “Vencida, no julgamento do recurso extraordinário ou do especial, a fase do conhecimento durante a qual os poderes do tribunal ficam reduzidos à investigação da ocorrência de algum dos motivos que a Constituição indica como capazes de justificar o recurso, passam o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça a decidir o recurso quando, então, julgam a causa aplicando o direito à espécie (RISTF, art. 330; RISTJ, art. 257). Nesse segundo tempo do julgamento, ficará livre ao tribunal apreciar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, sem o que lhes seria impossível ‘aplicar o direito à espécie’, conforme dispõem as regras regimentais.” (GOMES, Fábio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3. p. 416-417). “Sucede que, se o recurso extraordinário/especial for interposto por outro motivo, e for conhecido (examinado/admitido), poderá o STF/STJ, ao julgá-lo, conhecer *ex officio* ou por provocação de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo (aquelas previstas no § 3.º do art. 267 e a prescrição ou decadência), bem como de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, relacionadas ao capítulo decisório objeto do recurso extraordinário, mesmo que não tenham sido enfrentadas no acórdão recorrido.[...] Com o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, à jurisdição do tribunal superior é aberta.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. 5. ed. Salvador: Podivm, 2008. v. 3. p. 274-275). Em suma: nos casos de aplicação da Súmula 456 do STF, as matérias não disponíveis e as questões de ordem pública merecerão apreciação de ofício.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 70) “O teor da precitada Súmula 456 significa que, admitindo-se o recurso excepcional e passando-se ao seu juízo de revisão, estará a corte excepcional diante de uma causa a ser julgada...” (MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 253).

²⁶⁸ “É possível a análise de questões de ordem pública, mesmo não alegadas pelas partes, haja vista a existência do efeito translativo do recurso, desde que a instância especial tenha sido aberta pelo conhecimento do recurso, hipótese inexistente no caso dos autos. 7. Recurso especial não conhecido.” (STJ, 2ª T., REsp n. 1.189.771/PR, rel. Min. Castro Meira, j. 15.06.2010, *DJe* 28.06.2010). “Questões de ordem pública, passíveis de conhecimento *ex officio*, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisados no âmbito do recurso especial, quando não conhecido o recurso por qualquer de suas alíneas.” (STJ, 4ª T., EDcl no REsp 958.799/SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 07.02.2012, *DJe* 04.02.2012). “A teor do que dispõe o art. 257 do RISTJ e da Súmula 456/STF, uma vez conhecido o recurso especial, deve este Superior Tribunal aplicar o direito à espécie. Precedentes.” (STJ, 2ª T., AgReg no Ag 415.292/SC, rel. Min. Mauro Campbell, j. 03.12.2013, *DJe* 10.12.2012)

²⁶⁹ “Se o julgado do órgão *a quo* tiver sido impugnado apenas em parte, só no tocante a essa parte se devolve o conhecimento ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Caso o acórdão recorrido haja pronunciado sobre questão preliminar, mesmo de mérito (rejeitando, por exemplo, a arguição de prescrição), o recurso interposto no concernente à questão principal não estende o seu efeito à preliminar.”

Desse modo, o processualista, ao que parece, entende que o termo “causa”, constante na Súmula 456 do STF, significa “causa recursal”, ou o objeto recursal, limitando-se à matéria deduzida pelo recorrente nas razões de recurso excepcional.

Como aduzido, a possibilidade de conhecimento das matérias de ordem pública com base na leitura da Súmula 456 é obtida através de uma interpretação literal, abstraindo-se das interpretações histórica e sistemática. Essa última, de acordo com o trazido por Barbosa Moreira acima, já impõe a compreensão da Súmula de modo diverso da obtida pela interpretação literal.

Não se pode deixar de salientar que houve uma substancial evolução doutrinária e jurisprudencial no que tange à diferenciação entre admissibilidade e mérito, que hodiernamente assim ocorre: (a) juízo de admissibilidade, sendo a comprovação dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial e a demonstração da possível violação da norma jurídica; (b) e o juízo de mérito, sendo a declaração de que houve ou não o erro de interpretação da norma jurídica (juízo de cassação), e, no caso positivo, a resolução do caso concreto (juízo de revisão). Segundo tais premissas, a interpretação, ou mesmo redação da Súmula 456 do STF deve ser outra. Por isso, acerta Nelson Nery Junior ao preceituar “que existe imprecisão terminológica na redação do verbete, de modo que o termo ‘conhecer’, ali empregado, deve ser lido como ‘prover’”.²⁷⁰

Ricardo de Carvalho Aprigliano²⁷¹ entende justamente nesse sentido, afirmando que o termo “julgar a causa” não pode ser entendido em sua literalidade, pois devem ser respeitados os pressupostos de admissibilidade constitucionais dos recursos excepcionais, devendo a questão ser analisada dentro do que foi impugnado pelo recorrente.

(MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. V. p. 608-609.)

²⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257). 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 Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 973.

²⁷¹ “[...] em nosso entender esta Súmula não tem o significado que lhe quer atribuir. A Súmula foi editada com o objetivo de estabelecer a função julgadora do recurso extraordinário, em contraposição à função meramente rescindente, típica das Cortes Superiores de outros sistemas jurídicos, como a Corte di Cassazione italiana. À época da edição da Súmula, o Supremo Tribunal Federal não se limitava a cassar as decisões que violassem a Constituição ou a legislação federal, remetendo o processo para grau inferior prolatar nova decisão. Após reconhecer vícios da decisão recorrida, o Supremo Tribunal Federal exercia juízo de rescisão, logo seguido de novo julgamento, substituindo a decisão recorrida. Esta postura do Supremo Tribunal Federal se mantém até hoje no tocante à matéria constitucional, estendendo-se ao Superior Tribunal de Justiça quanto à legislação federal infraconstitucional.

Este o significado da expressão ‘julgar a causa’, mas por razões óbvias o disposto em Súmulas não pode se sobrepor às normas constitucionais que disciplinam as hipóteses de cabimento e a dinâmica de julgamento dos recursos excepcionais.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. O Tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2011. p. 234). No mesmo sentido parece ser o posicionamento de Rodrigo Barioni: “Na segunda etapa - a de aplicar a premissa à espécie - o Tribunal Superior apenas terá de observar os limites da ilegalidade reconhecida, sem restringir o exame da causa à *questio juris*.” (BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 187).

Luciano Vianna Araújo, em texto específico sobre a interpretação da súmula²⁷², chega a conclusão semelhante ao preconizar que os recursos excepcionais possuem requisitos constitucionais de admissibilidade e que tais requisitos impõem ao Tribunal Superior o exame único da questão de direito prequestionada para se concluir se o exame da questão de direito foi ou não realizado da melhor forma pelo tribunal local. Mas, após o reconhecimento da ilegalidade no acórdão recorrido, justamente para aplicar o direito à espécie, respeitando a correta solução jurídica para a questão de direito, pode (e deve) o Tribunal Superior examinar todas as circunstâncias fáticas da causa recursal, tendo sido examinadas ou não pelo tribunal local anteriormente, para que se dê a melhor solução possível para o caso concreto. Com tal entendimento com relação à interpretação da súmula 456, nos posicionamos.

O Superior Tribunal de Justiça, paulatinamente, vem superando o entendimento já exposto no presente item de que pela interpretação da Súmula 456 do STF estaria autorizada a Corte Superior a conhecer das matérias de ofício após o conhecimento do recurso. A Corte Superior tem entendimentos recentes de que é vedado ao STJ apreciar matérias de ordem pública mesmo se conhecido o recurso especial²⁷³.

²⁷² “A meu ver, deve-se dar ampla extensão ao conceito de ‘julgar a causa e aplicar o direito à espécie’, objeto do enunciado 456 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. O prequestionamento é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial e, uma vez conhecido o recurso, compete, respectivamente, Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça julgar a causa. Esta assertiva não transforma aquelas Cortes numa terceira instância, na medida em que, depois de admitida a ofensa ao texto constitucional e a negativa de vigência da Lei federal e, portanto cumpridas suas funções constitucionais (art. 102, III, e art. 105, III, da CF), elas podem analisar livremente o quadro fático e a questão jurídica, ainda que não tenha sido feita, a análise, pela instância ordinária. Não é compreensível que, com todas as mudanças ocorridas, visando dar celeridade e efetividade ao processo, seja imposto ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, reconhecer, respectivamente, a ofensa à Constituição Federal e a negativa à lei federal, mas seja negado julgar a causa; obrigando aquelas Cortes a devolver os autos aos tribunais de origem para fazê-lo, como tem decidido o próprio Supremo Tribunal Federal. Não temos um recurso excepcional puramente de cassação no sistema processual civil brasileiro. [...] Pior: não pode a Corte, reconhecida a ofensa ao texto constitucional ou a negativa de lei federal, deixar de aplicar a norma que efetivamente incide na hipótese sob julgamento. O Tribunal não pode julgar – juízo de mérito – a causa com as mãos atadas.” (ARAÚJO, Luciano Vianna. A aplicação do direito à espécie pelas Cortes Superiores: uma opção legislativa no Projeto do Novo CPC. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO; Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.) *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. III, p. 232)

²⁷³ “Além disso, apesar de se tratar de matéria de ordem pública, a jurisprudência desta Corte Superior vem encaminhando-se pela impossibilidade de seu conhecimento de ofício na instância especial, ainda que aberta a instância.” (STJ, 2.ª T., REsp n. 1.305.367/SC, rel. Min. Mauro Campbell, j. 17.04.2012, DJe 25.04.2012). “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, na instância especial, é vedado o exame ex officio de questão não debatida na origem, ainda que se trate de matéria de ordem pública. Não tendo sido discutida nas instâncias ordinárias a questão da prescrição, é inviável sua apreciação nesta instância. Incidem no caso as Súmulas 282 e 356/STF.” (STJ, 4.ª T., EDcl no AgRg no REsp n. 948.003/PR, rel. Min. Raul Araujo, j. 17.10.2013, DJe 03.12.2013) “É assente e remansosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que não admite a incidência de efeito translativo em recurso especial para permitir o conhecimento ex officio de questão de ordem pública não prequestionada. De igual modo, não se pode falar em prequestionamento de matéria suscitada apenas em embargos de declaração por tratar-se de

Em outro julgado, este da Corte Especial²⁷⁴, o Superior Tribunal de Justiça dá o entendimento do que seja *aplicar o direito à espécie*. A Corte Superior aduz que pode ela adentrar nas circunstâncias fáticas da causa e examinar as causas de pedir do autor quanto ao objeto do recurso excepcional, desde que já se tenha dado provimento ao recurso no tocante a referido objeto. Ou seja, em outras palavras, entendeu pela possibilidade de no juízo de revisão se verificar as nuances da causa, desde que necessário para respeitar o julgamento estabelecido no juízo de cassação.

Pois bem, segundo pensamos, o significado da Súmula 456 é de que os Tribunais Superiores devem aplicar o direito à espécie somente na fase de provimento, ou seja, depois de reconhecer o erro de interpretação de norma jurídica cometido pelo Tribunal *a quo*.

6 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, no final de 2013, emitiu importante posicionamento sobre a interpretação da Súmula 456.

Em acórdão da lavra do Ministro Teori Albino Zavascki, nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 346.376, o órgão de cúpula proferiu decisão “traduzindo” o vocábulo *conhecer* presente no comentado verbete. O Supremo Tribunal entendeu justamente como afirmado acima ser o real sentido do termo. Preceituou que “é preciso anotar, por importante, que o verbo conhecer foi empregado, nessa súmula (e assim também na referida norma regimental), com um sentido peculiar, que não corresponde ao comumente adotado em relação aos recursos²¹ ordinários. Conhecer não significa, ali, apenas superar positivamente os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade. O verbo é empregado, na verdade, com significado mais abrangente, para agregar também uma importante parcela de exame do próprio mérito recursal: a que diz respeito à existência ou não de violação à norma constitucional (ou, no caso do STJ, à norma federal)”. Ou seja, o mencionado julgado, até utilizando os fundamentos de José Carlos Barbosa Moreira também trazidos acima, preconizou que o termo *conhecer* aqui tratado já significava “apreciar se houve ou não a violação à norma jurídica”, e estabeleceu como o mandamento da Súmula o de que aplicar o direito à espécie seria um exercício posterior à constatação de que a norma jurídica foi violada.

questão nova.” (STJ, 2.ª T., EDcl no REsp 1.359.516/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 03.09.2013, *DJe* 12.09.2013)

²⁷⁴ “Embargos de Divergência. Recurso Especial. Técnica de Julgamento. 1. Se o Tribunal local acolheu apenas uma das causas de pedir declinadas na inicial, declarando procedente o pedido formulado pelo autor, não é lícito ao Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial do réu, simplesmente declarar ofensa à Lei e afastar o fundamento em que se baseou o acórdão recorrido para julgar improcedente o pedido. 2. Nessa situação, deve o Superior Tribunal de Justiça aplicar o direito à espécie, apreciando as outras causas de pedir lançadas na inicial, inda que sobre elas não tenha se manifestado a instância precedente, podendo negar provimento ao recurso especial e manter a procedência do pedido inicial.” (STJ, CE, REsp n. 58.265/SP, rel. Min. Edson Vidigal, rel. p/ acórdão Min. Barros Monteiro, j. 05.12.2007, *DJe* 07.08.2008)

Em outras palavras, embora não dito expressamente²⁷⁵, o órgão jurisdicional máximo entendeu que há um primeiro juízo de admissibilidade do recurso. Posteriormente há um juízo de mérito inicial sobre a adequada interpretação da norma (o que aqui se imputa como sendo o juízo de cassação) e, se constatada a interpretação errônea, se corrige o julgado do Tribunal local, aí sim aplicando o direito à espécie, mas somente à causa recursal. Essa última etapa seria o juízo de revisão, em que se pode constatar o direito subjetivo da parte recorrente/recorrida, e é permitido conhecer dos fundamentos – mediante as argumentações de qualquer das partes no processo – para que dê a melhor solução ao caso concreto.

No caso julgado, o Tribunal, após iniciar o provimento do recurso por violação a dispositivo legal, e julgar a improcedência do pedido do contribuinte contra o Fisco, permitiu o conhecimento da prescrição por ser questão atinente à causa recursal, embora essa última matéria não fora prequestionada nem tenha sido objeto da irrisignação das partes recorrentes.

Considera-se perfeita a conduta do Supremo Tribunal Federal, pois o órgão de cúpula preconizou que o no julgamento de um recurso excepcional há uma primeira fase de admissibilidade do meio de impugnação. E, que o juízo de mérito é bifásico, com uma fase inicial de reconhecimento de violação da norma jurídica, e uma segunda que somente ocorre sendo positiva a primeira. Essa segunda fase do juízo de mérito, o que se denomina juízo de revisão, permite a apreciação das circunstâncias da causa e aplica a melhor solução ao caso – conhecendo de todos os fundamentos das partes – de acordo com a premissa jurídica estabelecida no juízo de cassação.

Por fim, deixou bem claro que o significado do verbete número 456 do STF é no sentido de que o termo *conhecer* ali descrito significa “reconhecer o erro de interpretação da norma pelo tribunal local”, ou seja, iniciar o provimento do recurso, para somente depois disso, efetivamente, aplicar o direito (solução da questão de direito definida no recurso) ao caso concreto e, para tanto, pode conhecer dos fundamentos das partes sobre a causa.

7 O NOVO CPC E A RELAÇÃO COM A MENCIONADA SÚMULA

No Projeto do Código de Processo Civil que deixou o Senado Federal ainda em 2010, continha no seu art. 988 que, após a constatação de erro de interpretação legal dada pelo Tribunal *a quo*, pode o Tribunal de superposição conhecer dos autos para dar a melhor solução com relação à aplicação do

²⁷⁵ “Questões terminológicas à parte, o certo é que, admitida a sua natureza revisional, o julgamento do recurso do extraordinário (como também, *mutatis mutandis*, o do especial, no STJ) comporta, a rigor, três etapas sucessivas, cada uma delas subordinada à superação positiva da que lhe antecede: (a) a do juízo de admissibilidade, semelhante à dos recursos ordinários; (b) a do juízo sobre a alegação de ofensa a direito constitucional (que na terminologia da Súmula 456/STF compunha, conforme já registrado, o juízo de conhecimento); e, finalmente, se for o caso, (c) a da complementação do julgamento da causa. É técnica semelhante à do julgamento de ações rescisórias, nas quais também há, além do juízo sobre (a) pressupostos e condições da ação, (b) o juízo de rescisão propriamente dito e (c) o novo julgamento da causa, se for o caso (CPC, art. 494).”

dispositivo legal discutido, e, caso, para se chegar à melhor solução seja necessária a produção de outra prova, poderá enviar os autos ao juízo monocrático para tal fim²⁷⁶.

Verificava-se o acerto do ventilado Projeto de Lei, pois praticamente iria positivar e esclarecer o modo de realização do juízo de revisão e a possibilidade de apreciação das circunstâncias fáticas pela instância extraordinária para a melhor solução da lide recursal quando já ultrapassado o juízo de cassação, nos moldes descritos no item 3, acima. Ademais, a tentativa seria inovadora, na medida em que traria expressamente a previsão da possibilidade de “reenvio” da causa para a instância ordinária, quando, para obter a “mencionada melhor solução”, fosse necessária a produção de provas. Ou seja, sanaria as celeumas com relação à exegese da súmula 456 do STF. Seria um dispositivo mais didático com relação ao entendimento do verbete.

Ocorre que o Projeto que recentemente foi avalizado pela Câmara dos Deputados²⁷⁷ modificou a redação do dispositivo. O art. 1.047 do “atual” projeto²⁷⁸ prevê que admitido o recurso excepcional, poderá a Corte Superior conhecer de quaisquer questões que envolva o capítulo impugnado.

A primeira crítica que se faz ao dispositivo é que a redação literal do mesmo supõe que a mera admissibilidade do recurso já devolve toda e qualquer questão ao Tribunal Superior, o que desde já se discorda. A redação, do modo como está, torna-se até perigosa sob um ponto de vista, permite o conhecimento de toda e qualquer matéria pela simples admissibilidade positiva do recurso, o que equipara o recurso excepcional a um recurso ordinário, inflando os Tribunais Superiores, pois a admissibilidade do recurso já levaria ao conhecimento do direito subjetivo e, ainda, praticamente retiraria a função tão importante dos recursos excepcionais, qual seja, a de preservar a inteligência da norma jurídica.

Por isso, primeiramente, o que ora se opina tendo em vista os fundamentos históricos e sistemáticos apresentados nos itens 4 e 5, acima, é que da mesma forma que a Súmula 456 do STF, segundo a própria Corte de Cúpula, a inteligência do termo “conhecido” deve significar “provido” Ou seja, é permitido aos órgãos superiores o conhecimento das demais matérias atinentes ao capítulo impugnado desde que iniciado o provimento do recurso. Desta forma, e somente desta forma, se

²⁷⁶ “Art. 988. Sendo o recurso extraordinário ou especial decidido com base em uma das causas de pedir ou em um dos fundamentos de defesa, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal examinará as demais ainda não julgadas, independentemente da interposição de outro recurso, desde que tratem de matéria de direito.

§ 1º Se a competência for do outro Tribunal Superior, haverá remessa, nos termos dos arts. 986 e 987.

§ 2º Se a apreciação das causas de pedir ou fundamentos da defesa ainda não julgados depender do exame de prova já produzida, os autos serão remetidos de ofício ao tribunal de origem, para decisão; havendo necessidade da produção de provas, far-se-á a remessa ao primeiro grau”.

²⁷⁷ PL 6025-2005.

²⁷⁸ Art. 1.047. Admitido o recurso extraordinário ou especial, o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça julgará a causa, aplicando o direito.

Parágrafo único. Tendo sido admitido o recurso extraordinário ou especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais e de todas as questões relevantes para a solução do capítulo impugnado.

respeitaria a função e o procedimento constitucional que os recursos excepcionais têm no sistema jurídico brasileiro.

Sendo assim, caso aprovado o art. 1.047 do atual projeto do Código de Processo Civil – e não se retorne à redação aprovada anteriormente no Senado Federal, o que se entende como didática e correta –, deve-se entender o termo “admitido” ali utilizado como “provido” por respeito à interpretação histórica e sistemática da Súmula 456 do STF aqui defendida, bem como para preservar a função dos recursos excepcionais no sistema jurídico nacional. Pois, como aqui defendido e já antes preconizado por parte da doutrina²⁷⁹, o art. 1.047 do Projeto do Novo CPC nada mais faz do que tentar trazer para o direito positivo o enunciado do STF. Sendo assim, da forma como é interpretada a súmula – segundo o próprio Supremo Tribunal Federal e o aqui defendido – deve também ser interpretado o dispositivo legal ora analisado.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verifica-se que o art. 1.047 do atual Projeto de Código de Processo Civil busca, aparentemente, positivizar o enunciado 456 do Supremo Tribunal Federal e, para tanto, deve se amoldar à interpretação histórica e sistemática na mencionada Súmula, ou seja, permitindo o conhecimento das questões atinentes ao capítulo impugnado em sede de recurso excepcional, desde que iniciado o provimento do recurso – o que ocorre quando já constatado o erro de interpretação da norma jurídica.

Em outras palavras, o termo “conhecer” da súmula deve ser entendido como “prover”, ou seja, depois de constatado que o recurso será provido – reconhecido o erro de aplicação da norma na questão de direito pelo tribunal local – pode o Tribunal Superior adentrar em qualquer questão fática, ainda que não examinada pela instância ordinária e desde que não sejam necessárias provas, para que se chegue à melhor solução à causa recursal, aplicando de fato o direito à espécie. Tais premissas não tiram a característica de recurso excepcional de tais recursos e não transformam os Tribunais Superiores em terceira instância, pois os requisitos constitucionais são plenamente respeitados até o reconhecimento da ilegalidade pelo tribunal local.

O que não se pode comungar é que tal dispositivo legal aprovado na Câmara dos Deputados permite, pelo simples conhecimento do recurso, o exame de qualquer questão do capítulo impugnado.

²⁷⁹ Tendo em vista que o dispositivo do Projeto do CPC aprovado na Câmara visa trazer o enunciado da Súmula 456 para o ordenamento jurídico. Nesse sentido: “Como redigido, o caput do art. 1.047 não define em qual medida deve ser julgada a causa e aplicado o direito. Restringe-se a reproduzir as normas já existentes (enunciado 456 do STF, art. 324 do RISTF e art. 257 do RISTJ). Diz menos do que deveria, no meu entendimento.” (ARAÚJO, Luciano Vianna. A aplicação do direito à espécie pelas Cortes Superiores: uma opção legislativa no Projeto do Novo CPC. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO; Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.) *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. III, p. 233)

Isso (conhecimento das questões fáticas do capítulo impugnado) só poderia ocorrer depois de reconhecida a violação a lei cometida pelo acórdão recorrido, de acordo com o ora defendido.

9 REFERÊNCIAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo**. O Tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO, Luciano Vianna. A aplicação do direito à espécie pelas Cortes Superiores: uma opção legislativa no Projeto do Novo CPC. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO; Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.) **Novas tendências do processo civil**. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora *Jus Podivm*, 2014, v. III.

ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. **Idéia de sistema e de ordenamento no direito**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

BARBIÉRE, Jean-Jacques. **La procédure civile**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 116.

BARIONI, Rodrigo. **Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CALAMANDREI, Piero. **La casación civil**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2007. t. II.

CARPI, Federico; COLESANTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. **Commentario breve al codice di procedura civile**. 4. ed. Padova: Cedam, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CHIARLONI, Sergio. Un singolare caso di eterogenesi dei fini, irremediabile per via di legge ordinária: La garantia costituzionale del ricorso in cassazione contro Le sentenze. 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 Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. 5. ed. Salvador: Podivm, 2008. v. 3.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; VIEIRA, Albino Carlos Martins; COSTA, Mauro José Gomes da. **Súmulas do STF**. Organizadas por assunto. Anotadas e comentadas. 7. ed., Salvador: Jus Podivm, 2014.

FERREIRA, Fernando Amâncio. **Manual dos recursos em processo civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Recurso especial, extraordinário e embargos de divergência: efeito translativo ou correlação recursal? **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 22. São Paulo: Dialética, jan. 2005.

GOMES, Fábio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. **Proposta de sistematização da cognição de ofício nos recursos excepcionais**. São Paulo, 2013, 308 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Prof. Arlete Inês Aurelli.

JORGE, Flávio Cheim; SANTANA, Felipe Teles. Uma análise crítica sobre o recurso especial e o conhecimento de matérias de ordem pública. **Revista de Processo**, n. 213. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2012.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do Direito e Filosofia**. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

MANGONE, Kátia Aparecida. **Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial**. São Paulo, 2010, 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Cássio Scarpinella Bueno.

MERRYMAN, John Henry. **La tradicion juridica romano-canonica**. 2. ed., Ciudad del Mexico: FCE, 2002.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Julgamento do recurso especial *ex art. 105, III, a*, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa. **Revista Forense**, n. 349. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de processo civil comentado**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257). 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 Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PERROT, Roger. **Institutions judiciaires**. 12. ed. Paris: Montchrestien, 2006.

RAZ, Joseph. **The authority of Law**. 2. ed., Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. São Paulo: Elsevier, 2010.

SILVA, José Afonso da Silva. Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

TISCINI, Roberta. **Il ricorso straordinario in cassazione**. Torino: Giappicheli Editore, 2005.

VINCENT, Jean. **Procédure civile**. 14. ed. Paris: Dalloz, 1969.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WEBER, Jean-François. **La Cour de Cassation**. Paris: La Documentation Française, 2006.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RECURSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – IMPRESSÕES INICIAIS

Luiz Manoel Gomes Junior²⁸⁰

Miriam Fecchio Chueiri²⁸¹

1 INTRODUÇÃO

Não há qualquer dúvida de que há necessidade de um novo Sistema Processual atualmente no Brasil. A grande questão é verificar quais os problemas e a melhor forma de solução. Há desde propostas como a de aperfeiçoar a conciliação, uma maior informatização do Poder Judiciário, a ampliação do uso das ações coletivas, especialmente em se tratando de relações de consumo e várias outras.

O cerne para solucionar o problema é ter diagnósticos precisos para delimitar os pontos que devem ser atacados e suas possíveis soluções. Qualquer mudança legislativa somente se justifica após a indicação dos verdadeiros pontos de estrangulamento do sistema de acesso à justiça por intermédio de estudos sobre estatísticas de funcionamento dos institutos e categorias jurídicas que serão alterados ou suprimidos na nova Proposta de Código de Processo Civil.

Impossível ignorar que sem esses dados é muito difícil implantar um novo sistema sem maiores riscos de retrocesso ou até mesmo de problemas que poderão ser gerados. O risco, como já é da nossa experiência no plano do direito processual civil, é o de implantarmos um novo sistema vicioso de reformas das próprias reformas.

O fato é que atualmente os esforços estão sendo direcionados a analisar o texto do Novo Código de Processo Civil. Neste trabalho nossa proposta é tecer considerações sobre alguns dos textos relacionados com o mencionado diploma normativo na fase de sanção presidencial.

O Brasil tem um Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que surgiu

²⁸⁰ Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor nos Programas de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna (UIT-MG), da Universidade Paranaense (Unipar-PR) e dos cursos de Pós-graduação da PUC/SP (Cogeae) e da Escola Fundação Superior do Ministério Público do Mato Grosso (FESMP-MT). Atuou como Consultor da Organização das Nações Unidas (2008-2010) e Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2013-2014). Advogado.

²⁸¹ Doutora em Direito pela PUC-SP e Mestre em Direito pela UEL – Universidade Estadual de Londrina – Professora no curso de Mestrado em Direito Processual e Cidadania e Diretora Geral da Universidade Paranaense – Campus de Cianorte (UNIPAR-PR).

como uma iniciativa do Senado Federal em 2009, contando com uma primeira versão de texto, produzida pela denominada Comissão de Juristas constituída por aquela Casa legislativa; após regular tramitação no Senado, a versão aprovada – Projeto de Lei n. 166/2010 – distinta daquela primeira proposta, foi encaminhada à Câmara dos Deputados e igualmente aprovada.

Espera-se, mesmo com algumas críticas e divergências, do ponto de vista de técnica processual, que o texto legislativo espelhe o profundo desenvolvimento recente que a doutrina brasileira vem experimentando nos últimos anos, ao mesmo tempo em que possa oferecer respostas eficientes aos graves problemas de funcionamento da jurisdição no país. Nesse sentido, ao sistema recursal é atribuído um relevantíssimo e indispensável papel de ser instrumento de um mecanismo mais racional de revisão das decisões judiciais.

Longe de estarmos pessimistas, o fato é que temos que olhar para a frente e tentar, na medida do possível, colaborar na construção deste novo Sistema Processual.

2 REMESSA OBRIGATÓRIA

Apesar de todas as críticas que o instituto da remessa obrigatória recebe, o certo é que trata-se de um *mal necessário*, considerando que o Poder Público ainda não está totalmente aparelhado para a sua defesa, sendo necessária a manutenção de mecanismos visando tornar possível a verificação das decisões contra ele prolatadas. A finalidade do instituto, na hipótese de sentenças proferidas contra a Fazenda Pública justifica-se por motivo de conveniência e de interesse de ordem pública²⁸², dada a natureza do objeto de determinadas causas ou o seu sujeito, impedindo que casos em que aquela figure como vencida, não sejam objeto de reexame na instância superior.

Ainda entre os motivos determinantes, cite-se a possibilidade de suposta desídia dos procuradores que oficiam na representação judicial da Fazenda Pública²⁸³.

²⁸² “(...)”. “6. É hora de recapitular e resumir. A obrigatoriedade do reexame em segundo grau das sentenças contrárias à Fazenda Pública não ofende o princípio da isonomia, corretamente entendido. A Fazenda não é um litigante qualquer. Não pode ser tratada como tal; nem assim a tratam outros ordenamentos jurídicos, mesmo no chamado Primeiro Mundo. O interesse público, justamente por ser público - ou seja, da coletividade como um todo - é merecedor de proteção especial, num Estado democrático não menos que alhures. Nada tem de desprimorosamente “autoritária” a consagração de mecanismos processuais ordenados a essa proteção. O instituto de que se cuida, em particular, não nasceu sob inspiração ditatorial, e é arbitrário, tanto do ponto de vista histórico quanto do ideológico, atribuir-lhe caráter “fascista”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Em Defesa da Revisão Obrigatória das Sentenças Contrárias à Fazenda Pública*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, outubro/2004, nº 19, p. 48).

²⁸³ Não cremos que profissionais investidos desse múnus público incidam em tal desídia. Contudo, parece-nos que houve a preocupação do legislador até mesmo pelo volume de demandas ajuizadas contra essas Pessoas

Assim, acertadamente é mantido o instituto da remessa necessária (art. 496, I), havendo a necessidade de ratificação, pelo Tribunal competente, das sentenças proferidas contra o interesse público, com as limitações que estão sendo propostas, anotando a crítica de parcela da doutrina ao instituto²⁸⁴.

A sua estrutura permanece a mesma, ou seja, necessidade de ratificação como condição para sua eficácia (aqui entendido como produção de efeitos definitivos). Há um aperfeiçoamento frente ao atual sistema, ou seja, não sendo possível ser indicado o conteúdo econômico preciso da demanda, torna-se necessária a remessa ao Tribunal (art. 496, § 2º, do CPC), evitando deste modo o expediente do autor no sentido de atribuir à causa valor inexpressivo.

Ampliado na proposta o conteúdo econômico da demanda que justifica a remessa para o equivalente a mil salários mínimos em ações contra a União Federal, suas autarquias e fundações de direito público, quinhentos salários mínimos para as causas envolvendo o Estado e cem salários mínimos no caso dos municípios.

Aqui nossa crítica fica para a escolha aleatória dos valores. Não há nada do ponto de vista lógico que justifique o uso dos quantitativos mil salários mínimos, quinhentos e cem respectivamente. Qual a razão da escolha deste critério?

Restará também afastada a necessidade de remessa quando a decisão de primeiro grau estiver fundamentada em Súmula de Tribunal Superior (STF e STJ – aqui restou excluído o TST quando se sabe do uso subsidiário do CPC na Justiça do Trabalho), em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos, em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ou entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

De um modo geral, salvo na escolha sem base fática para a limitação em termos econômicos das hipóteses de submissão à remessa, a proposta aperfeiçoa o sistema processual atual com inegável vantagem.

Jurídicas de Direito Público, em contrapartida, ao contingente de Procuradores reunidos nas três esferas de Poder, União, Estados e Municípios.

²⁸⁴ Cândido Rangel Dinamarco. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 128. Francisco Barros Dias. *A Busca da Efetividade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo 97, 2000, p. 217 e ss, dentre outros. Defendendo o instituto: Miriam Fecchio Chueiri. *Estudo Crítico do Reexame Obrigatório Previsto no artigo 475 do Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Tese apresentada junto a banca de Doutorado na PUC/SP, 2004 – não publicada).

3 DOS RECURSOS EM GERAL

No direito brasileiro, por força do princípio da taxatividade, só são admissíveis os recursos previamente previstos pelo legislador.²⁸⁵ Nesse diapasão, é fundamental analisar a forma pela qual se contemplou as espécies recursais no Projeto, a fim de se verificar se há restrição ou ampliação dos mesmos.

A opção será pela manutenção dos seguintes recursos: a-) apelação; b-) agravo de instrumento; c-) agravo interno; d-) embargos de declaração; e-) recurso ordinário; f-) recurso especial; g-) recurso extraordinário; h-) agravo em recurso especial ou extraordinário; i-) embargos de divergência - (art. 994), além da manutenção do recurso adesivo na apelação, nos recursos extraordinário e especial (art. 997, §2º, II).

Nota-se, portanto, que há uma redução dos recursos previstos pelo legislador, com a retirada dos embargos infringentes.

Salvo os Embargos de Declaração, estará delimitado em 15 dias o prazo para recorrer (art. 1.003, § 5º), com a obrigação de ser demonstrada a existência de eventual feriado local que possa afetar a sua contagem (art. 1.003, § 6º).

Iremos tecer algumas considerações sobre cada um dos recursos apontados, com destaque para as propostas de mudanças positivas ou negativas.

4 APELAÇÃO E A EXTINÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

O processamento do recurso de apelação, não sofrerá qualquer modificação relevante. Perdeu-se a oportunidade de afastar o efeito suspensivo automático do recurso de apelação, o que seria a maior evolução do Sistema Processual. Não há qualquer lógica que antecipações de tutela e liminares, prolatadas em regra com cognição superficial, sem ampla dilação probatória, possam produzir efeitos em detrimento das sentenças, que exigem um julgamento com cognição completa.

²⁸⁵ “Nenhum ordenamento jurídico pode deixar à autonomia dos litigantes a instituição dos meios hábeis para impugnar as resoluções judiciais. Razões do mais elevado interesse público exigem que os litígios sejam extintos no menor tempo possível. Esse objetivo jamais se mostraria realizável na hipótese de o vencido, por iniciativa própria, criar mecanismos para impugnar o pronunciamento do órgão judiciário. Em tal contingência, o processo se prolongaria indefinidamente ou, no mínimo, seu término dependeria da aquiescência do vencido ao provimento. À vontade convergente das partes tampouco se concede a possibilidade de instituir via de impugnação. Só a lei federal, então, pode disciplinar os recursos, no uso da competência legislativa estipulada no art. 22, I, da CF/1988, e, por conseguinte, sua tipificação é predeterminada. Ao princípio segundo o qual a existência dos recursos se subordina a expressa previsão legal, ainda que não seja a do estatuto de processo, dá-se o nome de taxatividade.” ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5. ed., 2013, p. 89.

Uma grande oportunidade perdida pelo medo da evolução. Essa sem dúvida alguma tem sido a maior crítica direcionada, pela comunidade jurídica nacional, à versão da Câmara dos Deputados de Novo Código de Processo Civil. Como a última palavra será dada pelo Senado Federal, há grande expectativa de que nessa Casa se restabeleça a previsão contida na sua versão de Projeto de Lei, de que a apelação tenha, em regra, efeito meramente devolutivo, cabendo ao Tribunal, à luz das situações concretas, atribuir, excepcionalmente, efeito suspensivo à apelação.

Será repetido equívoco do Código de Processo Civil atual, qual seja, os requisitos do art. 1.010 são exigíveis para todos os recursos e não apenas para o de Apelação: a-) os nomes e a qualificação das partes; b-) a exposição do fato e do direito; c-) as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade; d-) o pedido de nova decisão. Tais requisitos acabam sendo repetidos, quando bastaria constar como regra geral para todos os recursos.

O Tribunal poderá julgar de forma imediata, ampliando o sistema atual, quando: a-) reformar sentença fundada no art. 485 – extinção sem resolução do mérito; b-) decretar a nulidade da sentença por não ser esta congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; c-) constatar a omissão no exame de um dos pedidos e; d-) decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

Apesar desta opção, insistiu o legislador em indicar casos específicos, repetindo o sistema atual, em que não haverá efeito suspensivo no caso de interposição de Apelação da sentença que: a-) homologa divisão ou demarcação de terras; b-) condena a pagar alimentos; c-) extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; d-) julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; e-) confirma, concede ou revoga tutela antecipada; f-) decreta a interdição e; g-) afasta a prescrição ou a decadência.

No mais, sem sentido ou necessidade o inciso V, do art. 1.012 (O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela antecipada é impugnável na apelação). Claro e óbvio que tal ponto da sentença pode e deve ser impugnado na apelação. O problema será no caso de haver urgência e tiver sido revogada anterior decisão.

Sempre fomos contra a extinção dos embargos infringentes do rol dos recursos do Código de Processo Civil, apesar de defendido pela doutrina²⁸⁶.

²⁸⁶ Conforme argumentado por BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. 5, pp. 518-519): “O Anteprojeto Buzaid pusera de lado os embargos de nulidade e infringentes, salvo como recurso cabível contra decisões proferidas nas ‘causas de alçada’ (art. 561). (...) No projeto definitivo, porém, reapareceu aquele recurso, com as mesmas características que ostentava no Código anterior, sem que a respectiva Exposição de Motivos trouxesse a explicação desse giro de 180º.”

Ainda que haja bons argumentos na defesa da manutenção do referido recurso²⁸⁷, não é essa a questão. O problema é extinguir um recurso que possui destacada utilidade em um sistema que prevalece o voto do relator (todos sabemos que a regra é não haver divergências na maioria dos julgamentos), quando sequer há ciência da quantidade analisada/julgada dia a dia nos Tribunais e qual será o reflexo no Sistema Processual em termos de efetividade. Qual o real ganho com a extinção do recurso?

A proposta inicial (Anteprojeto da Comissão de Juristas constituída pelo Senado Federal) foi apresentada sem qualquer dado estatístico que justificasse a simples extinção dos embargos infringentes e qual será realmente o seu efeito. Há apenas um ganho *político*, um recurso do sistema foi extinto, mas convenhamos que é muito pouco para respaldar a trilha seguida inicialmente.

Mas o fato que deve ser reconhecido é que a proposta aperfeiçoa o recurso de apelação e adota uma forma mais célere de julgamento dos embargos infringentes.

5 AGRAVO

Uma grande novidade é a extinção do agravo na modalidade retida, o que deve ser objeto de aplausos. Recurso inútil e desnecessário, com procedimento especial e toda a dificuldade que causa na tramitação do feito e, na maioria das vezes, a parte se omite no pedido de julgamento, com perda de tempo para todos os envolvidos.

O caso é evitar a preclusão por outros meios, como a impugnação do interessado, que será objeto de julgamento com o recurso de apelação.

Com relação ao recurso de agravo, o primeiro e mais grave equívoco é a volta ao sistema do Código de 1939, com a indicação das hipóteses de sua admissibilidade (art. 1.015) I – tutelas provisórias; II – mérito da causa; III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV – incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI – exibição ou posse de documento ou coisa; VII – exclusão de litisconsorte; VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X –

²⁸⁷ SHIMURA, Sérgio (Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei 10.352/01), in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, nº 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 498) e OLIVEIRA, Pedro Miranda de (O novo regime dos embargos infringentes, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 611).

concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI – outros casos expressamente referidos em lei.

Mantida a indicação das peças obrigatórias (art. 1.017): I – obrigatoriamente, com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; II – declaração de inexistência de qualquer dos documentos do inciso I, feita pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal; III – facultativamente, com outras peças que o agravante reputar úteis.

Acertadamente passa a ser possível a correção do instrumento caso haja alguma falha em relação à forma (art. 1.017, § 3º e art. 933, parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível).

Deve ser afastado todo e qualquer formalismo desnecessário que impeça o julgamento do mérito, na perfeita advertência da jurisprudência²⁸⁸: *“Tudo o que o exagerado rigor processual fez, in casu, foi colaborar para que o processo rode em torno de si mesmo, e princípios como o da economia, da efetividade, da razoável duração, tornassem-se letra morta. A obediência burocrática à forma não pode, em hipótese alguma, comprometer as metas para as quais ela foi concebida. O processo civil foi criado para que haja julgamentos de mérito, não para ser, ele mesmo, objeto dos julgamentos que proporciona. A extinção de processos tem de ser excepcional, a anulação de atos só pode ocorrer nas hipóteses em que seu aproveitamento gere grave lesão a algum direito fundamental de uma das partes e mais, seria até mesmo conveniente que essa lesão fosse expressamente declinada nas decisões de anulação. Fora dessas hipóteses, o apego à forma não se justifica. O processo tem de correr. O aparato judiciário é muito caro para a sociedade e cada processo representa um custo altíssimo. Anulá-lo, portanto, é medida de exceção”*.

Aqui há um relevante aperfeiçoamento que é a óbvia delimitação que se o recurso for enviado através de sistema de transmissão, como fac-símile, os documentos obrigatórios devem ser apresentados apenas com o original, evitando assim um ônus desnecessário e inútil

²⁸⁸ STJ – REsp. nº 970.190-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.05.2008 – DJ 15.08.2008. No mesmo sentido: “(...). *“O processo não pode ser um fim em si mesmo, voltado exclusivamente à preservação da letra da lei. Modernamente a ciência processual propugna por um processo civil de resultados, em que as técnicas processuais sejam capazes de produzir resultados legítimos e justos, dando tutela jurisdicional útil a quem tiver razão. Para isso, devem ser aproveitados ao máximo os atos processuais, regularizando-se, sempre que possível, as nulidades ou irregularidades sanáveis”* (TJSP – Embargos Infringentes. nº 157.992-5/7-01 – São Paulo, rel. Des. Gonzaga Franceschini, j. 24.04.02, LEX 258, p. 308).

para o recorrente e para as serventias judiciais (art. 1.017, § 4º).

Mantida a correta obrigação de o agravante comunicar a interposição do recurso de agravo para o julgador de primeiro grau (art. 1.018), além da relação de documentos, inclusive para permitir o juízo de retratação. A nosso ver a finalidade primeira é tornar possível ao agravado ter ciência quanto ao conteúdo do recurso, sem necessidade de deslocar-se ao Tribunal e, em um segundo momento, permitir o juízo de retratação, mas não deve ser esta a interpretação na medida em que diferente da regra do atual art. 526, do Código de Processo Civil.

A interpretação deverá ser no sentido de não haver a obrigatoriedade da prática do ato, o que a nosso ver é algo prejudicial.

Sem alteração a forma de processamento do agravo nos Tribunais: a-) poderá ser atribuído efeito suspensivo ao recurso ou ser deferida, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; b-) será intimado o agravado pessoalmente e por carta com aviso de recebimento, quando não tiver procurador constituído, ou, pelo Diário da Justiça ou por carta dirigida ao seu advogado, com aviso de recebimento, para que responda no prazo de quinze dias, facultando-lhe juntar a documentação que entender necessária ao julgamento do recurso; c-) será determinada a intimação, preferencialmente por meio eletrônico, do Ministério Público, quando for caso de sua intervenção para que se pronuncie no prazo de quinze dias.

Passará a haver o prazo de um mês para o julgamento do agravo, contado da intimação do agravado para responder (art. 1.020).

Pensamos ter ocorrido um equívoco, pois o prazo deveria ser da conclusão ao relator. Intimado para responder em quinze dias, a serventia deverá ainda aguardar o decurso do prazo do protocolo integrado, atualmente em mais dez ou quinze dias, o que certamente ultrapassará o lapso temporal fixado no art. 1.020. Em outros termos, o relator receberá o processo com o seu prazo encerrado ou próximo disto.

6 AGRAVO INTERNO

Apesar das discussões sobre a constitucionalidade do art. 557, do CPC/1973 e a possibilidade de decisões monocráticas, prevaleceu o entendimento que esta possibilidade estaria em consonância com a Constituição Federal, especialmente pelo fato de haver via adequada para submeter a matéria ao crivo do colegiado competente.

O agravo interno tem esta finalidade, qual seja, permitir que as decisões monocráticas

sejam analisadas/julgadas pelo colegiado, devendo haver a obediência ao regimento interno de cada tribunal (art. 1.021).

Com a interposição do agravo interno será possível a retratação do relator, sendo que no caso de manutenção esse deverá ser apresentado para julgamento na sessão seguinte à sua interposição. Caso não ocorra julgamento na sessão seguinte, deverá haver a sua inclusão em pauta.

Mantido o regime atual em termos de sanção ao agravante, pois quando manifestamente inadmissível ou improcedente o agravo interno, assim declarado em votação unânime, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor corrigido da causa, sendo que a interposição de qualquer outro recurso ficará condicionada ao depósito prévio do respectivo valor, ressalvados os beneficiários da gratuidade de justiça e a Fazenda Pública que farão o pagamento ao final.

7 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Na proposta restará mantida a natureza recursal dos embargos de declaração, afastando assim toda uma discussão desnecessária caso houvesse a alteração inicialmente aventada. É da tradição do direito brasileiro mencionada opção, com profundos estudos sobre o instituto. A *mudança pela mudança* deve ser sempre afastada. Necessário um motivo plausível e que seja útil para a sociedade.

A proposta, como não poderia deixar de ser, aperfeiçoa o instituto, ampliando as hipóteses de cabimento, inclusive passando a prever expressamente o erro material: a-) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; b-) suprir omissão de ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz de ofício ou a requerimento; c-) corrigir erro material.

Temos que a possibilidade de utilização dos embargos de declaração para corrigir erro na análise de requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso era mesmo desnecessária, pois tal situação encontra-se prevista nas demais hipóteses de cabimento desse recurso.

Mantido o prazo tradicional de cinco dias, afastando de igual modo a necessidade de pagamento do preparo recursal, com desnecessária indicação (art. 1.023) de que haverá contagem em dobro do prazo no caso de litisconsortes com procuradores diversos (art. 229). Qual a razão para a expressa menção que apenas poderá causar problemas na interpretação dos dispositivos dos demais recursos?

De outro lado, perfeita a previsão de que se houver possibilidade de modificação da decisão (art. 1.023, § 2º), mostra-se necessária a intimação, para manifestação da parte

contrária. Trata-se de uma praxe no sistema atual em obediência aos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A posituação de uma posição jurisprudencial garantirá direitos de forma mais precisa.

Há o objetivo de evitar a posição de alguns julgados de não permitir o prequestionamento de determinado tema (art. 1.025), apesar de que será duvidosa a sua utilidade já que, havendo omissão, restará violada regra específica: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

Afasta-se, corretamente, o efeito suspensivo dos embargos de declaração, mantida a interrupção dos prazos para os demais recursos. Contudo, adequadamente, permite ao relator deferir referido efeito em situações nas quais demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação (art. 1.026, § 1º).

Não havendo alteração na decisão embargada, será desnecessária a ratificação de recurso anteriormente apresentado pela parte adversa, providência atualmente exigida pelo Superior Tribunal de Justiça.²⁸⁹

Haverá uma adequação das sanções pela utilização irregular dos embargos de declaração, infelizmente prática comum, ou seja, se manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos manifestamente protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento sobre o valor da causa.

Ponto interessante será a da inadmissão *automática* de novos embargos de declaração quando os dois anteriores tiverem sido considerados protelatórios. A nossa posição é a de que se perdeu oportunidade de deixar claro que a interposição de novos declaratórios, nesta situação em particular, não teria o efeito de interromper o prazo para os demais recursos, evitando a utilização de expediente para obstar a coisa julgada.

8 RECURSO ORDINÁRIO

²⁸⁹ "A Turma, ao prosseguir o julgamento, entendeu, por maioria, que é extemporâneo o recurso de apelação interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, sem posterior ratificação ou reiteração, no prazo recursal, dos termos da apelação protocolada prematuramente. Precedente citado: REsp 886.405-PR, DJe 1º/12/2008" (STJ - REsp 659.663-MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 01/12/2009 - Informativo STJ - 418/2009 e STJ - REsp. 886.405-PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.11.2008 - DJ 01.12.2009).

A denominação do instituto como recurso ordinário constitucional, utilizada pela Constituição Federal e pela doutrina, é correta, pois trata-se de um meio de impugnação das decisões expressamente previsto na Constituição Federal (arts. 102, II e 105, II da CF-88, arts. 33 a 35 da Lei dos Recursos, arts. 247 e 248 do RISTJ), com caráter ordinário, considerando a inexistência de requisito de admissibilidade especial, além daqueles usualmente exigidos para os demais recursos, possibilitando a cognição de matéria fática, ao contrário daqueles de natureza extraordinária que permitem apenas a análise de questões legais (constitucional ou infraconstitucional).

A sua natureza jurídica, por óbvio, é de um meio de impugnação, ou seja, de recurso, possuindo as características de uma apelação.

A previsão de um recurso ordinário constitucional é tradicional em nosso direito, podendo ser mencionada a Constituição de 1891 e o Decreto 848 de 1890²⁹⁰. Em um primeiro momento, até as decisões concessivas de *habeas corpus* viabilizavam a sua utilização, possibilidade posteriormente afastada (CF-1934, art. 76, II, “c” e CF-1937, art. 101, II, “b”).

Na Constituição Federal de 1946 o recurso ordinário constitucional era previsto no art. 101, inciso II, alíneas “a” e “b”, com pouca variação da redação atual. Lendo as colocações de Pontes de Miranda sobre o dispositivo retro indicado da Constituição de 1946²⁹¹, chega-se à conclusão de que bastaria que a decisão fosse denegatória e prolatada em sede de *habeas corpus* ou mandado de segurança para autorizar a utilização do recurso ordinário constitucional.

Em tese, seria possível a utilização do recurso ordinário constitucional mesmo quando a impetração não fosse originária, criando uma “terceira instância” de forma absolutamente supérflua.

Na Constituição de 1969 houve alteração no instituto, com a inclusão da competência para apreciar, em sede recursal, os crimes praticados contra a segurança nacional ou as instituições militares, além daqueles praticados pelos Governadores de Estado e seus Secretários, com relação aos mencionados delitos²⁹². Vedou, ainda, a utilização de *habeas*

²⁹⁰ Themistocles Brandão Cavalcanti. *A Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino editor. 1956, vol. II, p. 326 e s.

²⁹¹ *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, s.d., vol. II, p. 222: “(…). De qualquer decisão judicial que denegue habeas-corpus há recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal. Juízes, locais e federais, tribunais, locais ou federais, inclusive o Superior Tribunal Militar (...), e o Superior Tribunal Eleitoral (...), desde que neguem habeas-corpus, estão sujeitos a que da sua decisão se interponha o recurso do art. 101, II, a). (...)”.

²⁹² art. 129 da CF-69: “À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas. §1º. Esse foro especial estender-se-á aos civis, nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares. §2º

corpus originário substituindo o recurso ordinário constitucional.

Agora haverá a disciplina processual do recurso ordinário constitucional no Código de Processo Civil (art. 1.027). Em termos de novidade passará a ser possível o julgamento do mérito estando a causa adequadamente instruída, apesar da posição contrária do Supremo Tribunal Federal²⁹³, com a qual não concordamos. De qualquer modo, teremos que aguardar nova análise do tema e a verificação da sua constitucionalidade.

9 RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

Sem dúvida que haverá o aperfeiçoamento do sistema de processamento dos recursos extraordinário e especial, apesar das desnecessárias repetições do texto constitucional.

Foi mantida a forma usual de interposição e processamento perante o Tribunal prolator do acórdão recorrido.

Em termos de novidade podemos indicar as mais relevantes: a-) possibilidade de correção de eventuais vícios dos recursos ou mesmo da sua desconsideração, desde que não seja grave. Pensamos que pode ser determinado até mesmo o pagamento de preparo, mas não afastada a intempestividade; b-) será viável, em se tratando de recursos processados sob a regra que trata da resolução de demandas repetitivas, haver a suspensão pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, de todos os casos idênticos com efeito nacional; c-) melhor adequação quanto à forma de ser postulado efeito suspensivo, mediante postulação no próprio recurso ou em petição autônoma, após o juízo de admissibilidade, dispensado qualquer instrumento se a demanda já estiver no Tribunal Superior; d-) disciplina a competência para a análise do pedido de efeito suspensivo: - ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, se pendente o juízo de admissibilidade; - ao presidente do respectivo tribunal superior, durante o período compreendido entre o juízo de admissibilidade do recurso no tribunal de origem e a sua distribuição no tribunal superior; - ao relator designado, depois da distribuição no tribunal superior.

Hipótese de verdadeira fungibilidade, por sinal jamais admitida, será a da conversão de recurso especial em extraordinário, quando será determinada a adequação: “Art. 1.032. Se

Compete originariamente ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, nos crimes de que trata o §1º. §3º A lei regulará a aplicação das penas da legislação militar”.

²⁹³ “2. Inaplicabilidade do art. 515, § 3º, do CPC -- inserido no capítulo da apelação -- aos casos de recurso ordinário em mandado de segurança, visto tratar-se de competência definida no texto constitucional” (RMS 24.789, Relator Ministro Eros Grau). 3. Recurso ordinário desprovido” (STF - RMS 26.615, rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. 20.05.2008, DJe-206).

o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de quinze dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Cumprida a diligência, remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça”.

Do mesmo modo em se tratando de recurso extraordinário que veicule matéria preponderantemente legal: “Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação da lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

Além destes avanços, ao que parece será possível desconsiderar a necessidade de prequestionamento caso seja mantida a redação proposta para o parágrafo único, do art. 1.034, parágrafo único: “Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos e de todas as questões de fato e de direito relevantes para a solução do capítulo impugnado”.

Passará a haver situações em que a repercussão geral será presumida: I – impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; II – contrariar tese fixada em julgamento de casos repetitivos; III – questionar decisão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

Em se tratando de julgamento da presença da repercussão geral, a súmula do julgamento será pública e terá o valor legal de um acórdão.

Será bem interessante ver como a jurisprudência irá receber estas positivas inovações.

11 AGRAVO EXTRAORDINÁRIO

Da decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário ou ao recurso especial será cabível uma nova espécie de recurso. Deixa de ser utilizada a simples expressão “agravo” para o termo “agravo de admissão” (art. 1.042).

Mantida a necessidade de um agravo para cada decisão na hipótese de dupla interposição de recursos extraordinário e especial, devendo o agravo de admissão ser endereçado ao Presidente do Tribunal recorrido, dispensados os pagamentos de custas e despesas de natureza postal.

Será obrigação do agravante demonstrar, de forma expressa, a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado quando: I – especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior; II) extraordinário fundar-se em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional debatida.

O texto legal aperfeiçoa o Sistema Recursal:

Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal que: I – indeferir pedido formulado com base no art. 1.035, § 6º, ou 1.036, § 2º, de inadmissão de recurso especial ou extraordinário intempestivo; II – inadmitir, com base no art. 1.040, inciso I, recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior; III – inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.035, § 8º, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.

§ 1º Sob pena de não conhecimento do agravo, incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa: I - a intempestividade do recurso especial ou extraordinário sobrestado, quando o recurso fundar-se na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo; II - a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso: a) especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior; b) extraordinário fundar-se em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional debatida.

§ 2º A petição de agravo será dirigida ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem e independe do pagamento de custas e despesas postais.

§ 3º O agravado será intimado, de imediato, para oferecer resposta no prazo de quinze dias.

§ 4º Após o prazo de resposta, não havendo retratação, o agravo será remetido ao tribunal superior competente.

§ 5º O agravo poderá ser julgado, conforme o caso, conjuntamente com o recurso especial ou extraordinário, assegurada, neste caso, sustentação oral, observando-se, ainda, o disposto no regimento interno do tribunal respectivo.

§ 6º Na hipótese de interposição conjunta de recursos extraordinário e especial, o agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido.

§ 7º Havendo apenas um agravo, o recurso será remetido ao tribunal competente, e havendo interposição conjunta, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Concluído o julgamento do agravo pelo Superior Tribunal de Justiça e, se for o caso, do recurso especial, independentemente de pedido, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do agravo a ele dirigido, salvo se estiver prejudicado.

Apesar de não haver nenhuma substancial mudança, o certo é que ocorrerá sensível melhora na forma de processamento do agravo de admissão frente ao novo regramento proposto.

12 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Por fim, mudanças significativas são propostas no caso dos embargos de divergência, mantidas as diretrizes básicas de cabimento tal como no atual regime (art. 1.043): I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito; II – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade; III – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia; IV – nos processos de competência originária, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal.

Aqui a grande inovação é permitir a utilização de paradigma na qual o recurso extraordinário ou especial não tenha sido *conhecido*, mas desde que o mérito tenha sido analisado. Outro ponto importante é que a divergência será admissível mesmo que esteja situada no âmbito da própria admissibilidade do recurso (matéria processual).

Não só será admissível embargos de divergência nos recursos extraordinário e/ou especial, mas de igual modo em se tratando de causas de competência originária. A restrição atual nem tem mesmo qualquer sentido, pois o que é relevante é que não haja divergência interna no âmbito dos Tribunais Superiores, inclusive em matéria processual.

Haverá a suspensão do prazo para a interposição de eventual recurso extraordinário quando em processamento embargos de divergência.

CONCLUSÕES

Temos que realmente há uma necessidade de se pensar e termos um direito processual adequado para uma sociedade do século XXI.

O fato que não pode ser negado é que muitas das mudanças são realizadas sem estudos que possam dar respaldo a uma ou a outra opção. Sempre tem sido feito desta forma e este tipo de opção não mais pode persistir.

De qualquer modo, na parte ora analisada, o fato é que haverá grandes avanços com a aprovação da proposta de um novo Código de Processo Civil, com o aperfeiçoamento do

Sistema Recursal, com inegável possibilidade de uma melhora na prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de & GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

Arruda Alvim, Araken de Assis & Eduardo Arruda Alvim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: 2014.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: José Konfino editor vol. II, 1956.

CHUEIRI, Mirian Fecchio & SOUZA, Emerson Cortezia de. **A remessa obrigatória e as ações coletivas em espécie** – Sistema processual coletivo de proteção ao interesse público. Revista de Processo. Ano 36. vol. 200. out. 2011.

_____. **Estudo Crítico do Reexame Obrigatório Previsto no artigo 475 do Código de Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Tese apresentada junto a banca de Doutorado na PUC/SP, 2004 – não publicada.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DIAS, Francisco Barros. **A Busca da Efetividade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo 97, 2000.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. **Processo Civil**. Salvador: Juspodium, 3. ed., 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, s.d., vol. II.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Em Defesa da Revisão Obrigatória das Sentenças Contrárias à Fazenda Pública**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, n. 19, out./2004.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. 5, 2010.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **O novo regime dos embargos infringentes**. In NERY, Nelson Nery Junior; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

SHIMURA, Sérgio. *Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei 10.352/01)*. In NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis**, nº 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et all* (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.