

PROCESSO E INSTRUMENTALIDADE:

BOAS PRÁTICAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROTEÇÃO
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS



Organizadores:

José Miguel Garcia Medina

Horácio Monteschio

**PROCESSO E INSTRUMENTALIDADE:
BOAS PRÁTICAS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS E PROTEÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

ORGANIZADORES:

Jose Miguel Garcia Medina
Horácio Monteschio

Todos os direitos reservados
Copyright © 2020 by Qualis Editora e Comércio de Livros Ltda

Prof. Dr. Emerson Antonio Maccari
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas
Prof. Dr. Fernando Galindo Ayuda
Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto
Conselho Regional: Prof. Dra. Maria Áurea Baroni Cecato
Prof. Dr. Martonio Mont'alverne Barreto Lima
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez
Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa
Prof. Dr. Rogério Gesta Leal
Editora Executiva: Simone Fraga
Produção Editorial: Qualis Editora
Design de Capa: Ajuste Qualis Editora
Produção Digital: Cristiane Saavedra | Saavedra Edições

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

*Texto de acordo com as normas do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa
(Decreto Legislativo nº 54, de 1995)*

**DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA
PUBLICAÇÃO (CIP)**

P941

Processo e instrumentalidade: boas práticas de solução de conflitos e proteção de direitos fundamentais / José Miguel Garcia Medina, Horácio Monteschio – [1. ed.] – Florianópolis, SC: Qualis Editora, 2020.

Recurso digital

Formato e-Pub

Requisito do sistema: adobe digital editions

Modo de acesso: word wide web

ISBN: 978-85-7027-081-8

1. Procedimentos 2. Tribunais Cíveis 3. Leis 4. Regulamentações. 5. Jurisprudência. I. Título. II. Medina, José Miguel Garcia. III. Monteschio, Horácio.

CDU 347



Qualis Editora e Comércio de Livros Ltda
Caixa Postal 6540
Florianópolis - Santa Catarina - SC - Cep.88036-972
www.qualiseditora.com
www.facebook.com/qualiseditora

AUTORES

ALEXANDRE MAGNO AUGUSTO MOREIRA

Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania pela UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR – Unidade Universitária de Francisco Beltrão – PR. Coordenador e Professor do Curso de Direito da UNIPAR - Unidade Universitária de Francisco Beltrão – PR. Email: alexandremagno@prof.unipar.br.

ANISIO MONTESCHIO JUNIOR

Doutorando em direito pela FADISP; Mestre em Direito pelo UNICESUMAR. Anisinho@wnet.com.br

CARLOS EDUARDO ELIAS DE OLIVEIRA

Professor de Direito Civil, Notarial e de Registros Públicos. Consultor Legislativo do Senado Federal em Direito Civil, Advogado, ex-Advogado da União e ex-assessor de ministro STJ. Doutorando, mestre e bacharel em Direito na Universidade de Brasília – UnB. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCont.

Instagram: @profcarloselias e @direitoprivadoestrangeiro

E-mail: carloseliasdeoliveira@yahoo.com.br

CAROLINA NOURA DE MORAES RÊGO

Doutora em Direito pela Fadisp, mestre em História pela UnB. Professora na Fadisp. Advogada

CELSO IROSHI IOCOHAMA

Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Umuarama (1989), mestrado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1996), doutorado em

Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001), especialização em Docência do Ensino Superior pela Universidade Paranaense (2003) e doutorado em Educação pela Universidade de São Paulo (2011). Atualmente é professor titular de Direito Processual Civil I, da Universidade Paranaense, Campus Sede. Participa como responsável pela disciplina de Metodologia do Ensino Superior no Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense desde 2002, ministrando a partir de 2008 a disciplina de Metodologia da Pesquisa Científica em Direito. Leciona na Pós-Graduação “Lato Sensu”, dentre outras, as disciplinas de Teoria Geral do Direito, Hermenêutica Jurídica e Metodologia do Ensino Superior. É Coordenador do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Unipar (desde 2008). É vice-presidente do Comitê de Ética em Pesquisa envolvendo Seres Humanos da UNIPAR. Advogado desde 1990, foi vice-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Umuarama por três mandatos (1998 a 2006) e presidente da mesma Subseção por dois mandatos (2007-2012).

FLÁVIO TARTUCE

Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUCSP. Professor do programa de mestrado e doutorado da FADISP. Professor e Coordenador dos cursos de graduação e pós-graduação lato sensu em Direito Privado da Escola Paulista de Direito (EPD). Coordenador-regente do curso de pós-graduação lato sensu em Advocacia do Direito Negocial e Imobiliário da Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Professor do G7 Jurídico e do CPJUR. Advogado, consultor jurídico e parecerista em São Paulo.

GERSON FAUSTINO ROSA

Professor de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá-PR e na Unoeste de Presidente Prudente-SP. Doutorando, mestre e especialista em Ciências Penais.

GUSTAVO HENRIQUE FERNANDES SGANZERLA

Acadêmico do 10º período do Curso de Direito do Centro Universitário UNINTER.

HORÁCIO MONTESCHIO

Pós doutorando na Universidade de Coimbra - Portugal e pelo UNICURITIBA, Paraná - Brasil. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo- FADISP. Mestre em Direitos da Personalidade - UNICESUMAR. Professor de Direito e Processo Administrativo do UNICURITIBA. Professor do Programa de mestrado da UNIPAR. Advogado, Integrante do Instituto dos Advogado do Paraná (IAP).
<http://lattes.cnpq.br/8861821320530256>
<https://orcid.org/0000-0002-0360-6521>. email:
h.monteschio@uol.com.br

LEONARDO LUÍS DA SILVA

Mestrando em Direito com área de concentração em Direito Empresarial e Cidadania, no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2017).

LUCIANO RINALDI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Processual Civil na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Presidente do Fórum Permanente de Processo Civil da EMERJ. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPRO. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). (colaboração de Annie Akil Pedersen).

RAFAEL DE OLIVEIRA GUIMARÃES

Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Kursou Programa Nacional de Pós-doutorado da Capes, vinculado à UNIPAR

(Umuarama-PR). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e em Contratos de Crédito de Carbono pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor dos cursos de Pós-graduação da UNIPAR (Umuarama-PR). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP) e do Instituto Paranaense de Direito Processual Civil. Atua principalmente nas seguintes áreas: recursos e meios de impugnação nos tribunais, processo de execução, direito bancário e ações constitucionais.

REGINA VERA VILLAS BÔAS

Bi-Doutora em Direito Difusos e Coletivos e em Direito das Relações Sociais, Mestre em Direito Relações Sociais, Graduada em Direito, todos pela PUC/SP. Pós-Doutora em Democracia e DH pelo “Ius Gentium Conimbrigae” (Univ. Coimbra). Prof./Pesq PUC/SP e UNISAL/SP (Lorena) nos PGs e PPGs em Direito. Na PUC/SP coord. JEC-NPJ e PP “Efet/F/Tutela/Cont/DH/DF, e PP DS/DDC: Diálogos das Fontes; e no UNISAL o PP “DH e DF: Vulnerab/Instrum. Concretização”, Vice-Líder do GP “Minorias, discriminação e efetividade Direitos”, e integra o Obs. Violência nas Escolas (UNESCO). Participante Congressos Jurídicos nac. e internacionais, promovendo internacionalização de IES. Membro Col. Comissões/OAB-SP. <http://orcid.org/0000-0003-3669-8044>

ROBSON APARECIDO MACHADO

Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR; Professor de Direito Constitucional na Faculdade Barretos-SP; Advogado em Barretos/SP; robsonbarretos@adv.oabsp.org.br

ROGÉRIA DOTTI

Doutora e Mestre em Direito Processual Civil (Direito das Relações Sociais) pela Universidade Federal do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná, turma de 1993.

É Conselheira Nata e Ex-Presidente do Instituto dos Advogados do Paraná e Advogada do Escritório Professor René Dotti, com atuação nas áreas de Direito Civil, Direito de Família e Direito Processual Civil. Foi Coordenadora Geral da Escola Superior de Advocacia (ESA/PR) e Conselheira da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná. É membro integrante do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. É Secretária-Geral do IBDP e integrante do Conselho Editorial da Revista Brasileira da Advocacia - RBA.

VALÉRIA JULIANA TORTATO MONTESCHIO

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Graduada em Pedagogia, Mestre em Políticas Públicas da Educação, especialista em Gestão Educacional, professora nas Faculdades OPET e FAEL, autora da obra Direito da Criança e do Adolescente, advogada. vatortato@yahoo.com.br

SUMÁRIO

CAPA

FOLHA DE ROSTO

CRÉDITOS

AUTORES

PREFÁCIO

A ARBITRAGEM COMO TÉCNICA EXTRAPROCESSUAL A
SATISFAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E DA
RESPONSABILIDADE SOCIAL

Alexandre Magno Augusto Moreira; Horácio Monteschio

A LEGITIMAÇÃO PELO DIREITO NO ESTADO DE EXCEÇÃO

Gerson Faustino Rosa; Carolina Noura De Moraes Rêgo

A QUERELA NULLITATIS INSANABILIS SOB UMA PERSPECTIVA
CONCRETA

Eduardo Melo de Mesquista

A TEORIA DO TRIBUNAL MULTIPORTAS E SUA EFICÁCIA NA
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

Gustavo Henrique Fernandes Sganzerla; Leonardo Luís da Silva

DEFENSORIA PÚBLICA: GARANTIDORA DO ACESSO À JUSTIÇA
AO HIPOSSUFICIENTE ECONÔMICO E INSTRUMENTO DE
PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Robson Aparecido Machado

NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM CONTRATO DE CONSUMO:
POSIÇÃO CONTRÁRIA

Flávio Taturce

O AGRAVO INTERNO NO CPC DE 2015

Rafael de Oliveira Guimarães; Celso Iroshi Icochama

PEQUENOS DIÁLOGOS ENTRE A JUSTIÇA, O DIREITO E A ARTE

Regina Vera Villas Bôas

PRECEDENTES JUDICIAIS

Luciano Rinaldi

PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS DE SANÇÃO: OS LIMITES
DA RETRIBUIÇÃO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Gerson Faustino Rosa

SOLUÇÕES CONTRATUAIS PARA INEFICIÊNCIAS DE COBRANÇA
JUDICIAL DE DÍVIDA: O BLOQUEIO LIMINAR, A CITAÇÃO FICTA E
A FRAGILIDADE DOS CONTRATOS COM PESSOAS JURÍDICAS

Carlos Eduardo Elias de Oliveira

INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO CIVIL EM FACE DA
PRESENÇA DE TUTELAS INIBITÓRIAS: UMA MUDANÇA DE
PARADIGMA DO FORMALISMO A EFETIVAÇÃO DE DIREITO
FUNDAMENTAIS

Anísio Monteschio Junior; Valéria Juliana Tortato Monteschio

TUTELA PROVISÓRIA E EVIDÊNCIA NEGOCIADA: TEMOS NOSSO
PRÓPRIO TEMPO?

Rogéria Dotti

PREFÁCIO

O presente livro em formato de e-book aborda temas de interesse a quem o Direito se destina, e busca apontar soluções para conciliar interesses sociais e também individuais da empresa.

O verdadeiro “time” de articulistas desta obra, apresenta um número de artigos empenhados em se debruçar sobre temas muitas vezes árduos, levantar questões de interesse coletivo que, no entanto, não deixam de levar em conta o desenvolvimento das empresas, seus objetivos e suas obrigações sociais amplas, sejam com seus funcionários, seja com a sociedade em geral, seja com o meio ambiente.

Valores que acoplados, equilibram situações muitas vezes conflituosas; de um lado o desenvolvimento da empresa inicialmente criada para produzir lucro, de outro, o compromisso social da mesma, produzindo uma gestão tal que satisfaça não apenas o âmbito da produtividade, seja ela de serviços ou produtos que a movem e justificam sua criação, mas que abracem a sociedade como um todo, desde o público consumidor de seus produtos e/ou serviços, mas a todo o seu entorno, cumprindo sua responsabilidade social, o que inclui cuidados com o meio ambiente, com a salubridade de seu corpo de funcionários, enfim aquilo que conhecemos como responsabilidade social, o que *per si*, engloba direitos humanos e civis.

À luz da atualidade, essas funções devem andar juntas e indissociáveis como signo e significado, ou as duas faces de uma mesma moeda para que a empresa possa cumprir sua função plenamente. Satisfazendo, assim, o seu propósito.

A iniciativa dos organizadores Jose Miguel Garcia Medina e Horácio Monteschio, não é apenas louvável do ponto de vista de reunir temáticas tão interessantes, mas, sobretudo porque ao falar de empresas, não se limitam a seu funcionamento e objetivos

particulares, mas as integram num contexto muito mais amplo, questionando o novo papel do Direito na contemporaneidade e as englobam em aspectos que as dimensionam no cenário de inclusão dos Direitos Humanos. Razão fundamental da existência não somente da empresa, mas em seu papel de real contribuição ao mundo em que se vive.

A empresa aqui simboliza muito mais do que produzir produtos e/serviços, mas também, participar ativa e responsabilmente da construção de um mundo mais justo para todos que dela dependem, e de forma mais indireta, do seu entorno.

Assuntos pertinentes foram abordados, e neles, questionamentos propostos que possam representar reflexões a respeito do Direito, de seu papel na contemporaneidade e de mecanismos que não só propiciem um maior diálogo entre as partes envolvidas, mas para que através dos mesmos, o resultado seja eficaz como é o objetivo próprio do Direito.

No primeiro capítulo, a temática é a arbitragem como alternativa na resolução de conflitos, agilizando e resolvendo impasses. Escrito pelos professores Horácio Monteschio e Alexandre Magno Augusto Moreira, que consideram o instituto da arbitragem como uma técnica capaz de atingir a função social e responsabilidade da empresa a partir da evolução da antiga concepção individualista para a ampliação da função social e solidária do direito, como também essencial a qualquer atividade empresarial. Deste modo, os autores desenvolvem a pesquisa e suas consequentes observações, defendendo o instituto da arbitragem como um instrumento capaz de demonstrar que a obtenção de lucro não é o fim único da empresa que também deve se preocupar com a salubridade de seus empregados e do meio ambiente, além de pagar tributos, dentre outros atributos, tendo a arbitragem como ferramenta eficaz para resolver conflitos empresariais de forma ágil, evitando intermináveis impasses no Judiciário.

O segundo artigo, de autoria de Carolina Noura de Moraes Rêgo e Gerson Faustino Rocha, tem como foco, a legitimação pelo

Direito num Estado de Exceção, e propõe uma reflexão do papel do Estado de Direito, analisando o Estado de Exceção, levantando o real papel do Direito no sentido de confrontar sua função de pacificação social e instrumento de regulação da vida humana, considerada a necessidade de expandir o ordenamento jurídico para que sejam evitadas violações à personalidade humana, com fundamento nos Direitos Fundamentais. Relacionam a necessidade de revisão do conceito de homem e cidadão, observando que para efetivar os direitos humanos, estes devem transcender fundamentações, receber uma tutela internacional e solidificar o respeito universal à dignidade da pessoa humana.

Com a autoria de Eduardo Melo de Mesquita, o terceiro capítulo trata da *querela nullitatis insanabilis*, apontando para uma perspectiva concreta, questionando a justiça laboral com o que considera haver decisões equivocadas. Segundo o autor, a partir do que acredita serem vícios, mas que, no entanto, são cumpridas e estabilizadas de forma danosa, e embora seu texto não siga exatamente o padrão clássico dos demais, Mesquita discorre sobre direitos humanos em especial direitos do trabalho com exemplos concretos que fundamentam suas propostas.

Em uma análise da teoria do Tribunal Multiportas e sua eficácia para resolver conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, Gustavo Henrique Fernandes Sganzerla e Leonardo Luís da Silva, neste quarto capítulo, discorrem sobre as transformações pelas quais vem passando o processo civil, que ainda não apresenta solução de conflito por via convencional. Ou seja, não delegando ao Estado unicamente a resolução dos conflitos, uma vez que os grupos sociais estão em constantes movimentos, tanto em complexidade quanto em quantidade.

Sganzerla e Silva, em face de essas transformações sociais, propõem a incorporação de uma justiça multiportas, ou seja, a que se utiliza de variados métodos, o que facilitaria o acesso a direitos por via mais adequada. Para tal, defendem uma adequação dos próprios operadores de direito que, devidamente qualificados possam ultrapassar os limites impostos pelas dificuldades na

aplicação desses novos métodos, que buscam promover a pacificação de conflitos, fazendo assim que o Direito esteja de fato isento e ao alcance de todos.

Na sequência, o quinto capítulo, desenvolvido por Robson Aparecido Machado traz como tema a Defensoria Pública, tanto como garantia do acesso à Justiça ao hipossuficiente econômico, quanto como instrumental de promoção dos direitos humanos.

Considerando o artigo de Machado são colocadas questões e dificuldades do acesso à Justiça em especial de minorias, fundamentadas historicamente e contextualizadas no panorama contemporâneo. O referido autor procurou levantar não apenas a lei, mas, sobretudo o que acontece na prática, provocando uma reflexão importante sobre a eficácia na aplicação da lei, questionamento que deve fazer parte do cotidiano de todos nós especialmente quando une o direito à Justiça como parte dos Direitos Humanos.

Flávio Tartuce, no artigo citado, aborda o negócio jurídico processual em contrato de consumo. De forma bastante sucinta, Tartuce projeta a teoria geral dos atos e negócios jurídicos, tendo como base o processo civil brasileiro, analisando os entraves preestabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico. Para o autor, trata-se de analisar o debate vigente que busca transformar por convenção, negócios jurídicos processuais em contratos de consumo, apoiado no artigo 190 do Código de Defesa do Consumidor que afirma ser lícito às partes estipularem mudanças no procedimento com a finalidade de adequar às causas, decidirem sobre ônus probatórios, poderes, faculdades e deveres, antes ou durante o processo cabendo ao juiz controlar a validade das convenções celebradas entre as partes.

Para Tartuce, entretanto, o entrave se encontra no próprio CDC que veda negócios jurídicos com o compromisso da arbitragem no caso da mesma ser compulsória. O autor embora reconheça a posição em contrário, conclui que não seria possível o negócio jurídico processual ser inserido em contrato de consumo

por estar em desacordo com a proteção do consumidor, interrompendo o debate a respeito.

O artigo do livro, escrito por Rafael de Oliveira Guimarães e Celso Iroshi Iocohama, sobre o agravo interno no CPC de 2015, faz uma breve digressão histórica entre o CPC de 1973 até a vigência do CPC 2015, a respeito dos agravos regimental e interno e suas transformações à partir do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe alterações substanciais no tocante ao cabimento e processamento do recurso, que vão desde o prazo para a interposição, passando pela fundamentação de acordos, aplicabilidade de multa e até mesmo a extinção do agravo regimental. Os articulistas, ao levarem em conta as muitas mudanças propõem uma imersão histórica para rever o papel dos agravos internos e regimental no sistema jurídico.

Iocohama e Guimarães demonstram que o CPC 2015 corrigiu a divisão entre os dois agravos unificando o recurso. Em sua análise, os autores aqui citados esclarecem dúvidas e levantam questões pertinentes tanto na aplicabilidade quanto para o que representa uma evolução entre a teoria e prática.

O artigo escrito por Regina Vera Villas Bôas, celebra o Direito em plenitude, afinado com a arte e toda a sua expressão, promovendo um diálogo entre ambos. De incrível e notável persistência da autora, experiente e sensível em apontar tendências de mudanças de valores em especial no tocante à desigualdade social, trazendo uma correlação entre ficção e realidade colocando essa proximidade como reflexão a respeito de conceitos contemporâneos tais como: igualdade, vulnerabilidade, dignidade humana face à materialidade da Justiça Social.

Ao propor o diálogo entre Direito, Justiça e Arte, Villas Bôas aponta essa relação como caminho para se entender a realidade vivida pelo homem. Ainda vai mais além e cita a arte em variadas expressões como a literatura, a música entre outros como estímulos para o desenvolvimento de condutas ativas à partir da proposta do diálogo do Direito e da arte, desafiando reflexões, e ideias, onde a troca propicia uma inevitável evolução desses conceitos.

O texto de Luciano Rinaldi aborda os precedentes judiciais à luz do Código Civil Processual de 2015 sob a ótica da equidade, como deve ser exercido o Direito como um todo. O autor, aponta para as mudanças que tentam corrigir essas falhas, como a demora de resoluções através da Common Law, apontando para novos rumos de se efetivar na prática o fazer Justiça.

Comparando a evolução da Civil Law em diversos países, estabelece a diferença entre jurisprudência e os precedentes, estes últimos o foco central do artigo. Rinaldi propõe que devemos ter maior cuidado na interpretação das leis para que possamos evitar equívocos. Por essa razão, defende o uso dos precedentes, desde que tenham integridade e coerência, dando assim subsídio ao Direito, enquanto ciência, e respaldando os juízes ao legitimar suas decisões. O autor ressalva que não representam em si a solução para todos os problemas, mas que já atenuam muitos deles, pois uma vez que ao proporcionarem maior celeridade nos tribunais, acabam por contribuir para que na prática se busque a redução da instabilidade jurisprudencial e reduzir a litigiosidade pela previsibilidade do resultado, o que Rinaldi vê com esperança.

O décimo capítulo discorre sobre os princípios penais de sanção previstos na Constituição e coloca os limites baseados nos Direitos Fundamentais. Escrito por Gerson Faustino Rosa, o artigo faz uma análise crítica do princípio penal, desde a superação da pena capital e levanta a questão da transformação dos regimes carcerários e da responsabilidade do Estado em garantir a integridade física do encarcerado, como cabe ao Estado de Direito.

Rosa discorre e analisa o Direito Penal de maneira a respeitar princípios éticos e jurídicos, não devendo portanto ser arbitrário. Para o autor, a pena deve privar a liberdade e não a dignidade da pessoa humana, o saneamento básico, alimentação, saúde e higiene, o que favoreceria a ressocialização do indivíduo. Mostra ainda que a prática contradiz os princípios, com o crescimento da população carcerária, o que gera reincidência criminosa, a qual ultrapassa 75 % que vivem em tratamento indigno, aumentando a dessa forma a incredibilidade estatal. O tema provoca reflexão e

inquietações por parte de todos aqueles que se preocupam, em especial para os que escolhem esse ramo específico do Direito.

Carlos Eduardo Elias de Oliveira, dedicou neste artigo a analisar e propor soluções contratuais que ajudem a resolver as falhas de cobrança judicial de dívida. Oliveira destaca que a legislação brasileira apresenta certo distanciamento da realidade, se tornando por vezes ineficiente, sugere ainda três possibilidades para solucionar o problema: pactuar a cláusula de bloqueio liminar, que permite a cautela, ou seja o bloqueio de dinheiro na conta da outra parte, que deve ser usada com cuidado para evitar abuso de direito. Outra alternativa proposta é a de estipular a “cláusula de citação ficta”, ou seja, a citação passar a ser por meio de comunicação eletrônica, evitando assim a frustração dos autores das ações que às vezes ficam por anos para efetivar a citação. A terceira alternativa é contornar a fragilidade dos contratos de pessoas jurídicas, vinculando os sócios como coobrigados solidários, utilizando contratos normativos somente levando em conta a possibilidade de contratos sucessivos entre as mesmas partes. Oliveira sugere que essas são apenas algumas das sugestões para que as cobranças de dívidas possam ser solucionadas, uma vez que para o autor o modelo brasileiro deixa a desejar nesse quesito.

Anisio Monteschio Junior e Valeria Juliana Tortato Monteschio, assinam o décimo primeiro artigo, que aponta para mudanças de paradigma na efetivação de Direitos Fundamentais, à partir da preocupação com a reparação de qualquer natureza através da recompensa em dinheiro. Os autores discorrem fundamentados na história e relacionam suas normas ao direito difuso, voltado para a coletividade.

A pesquisa é focada na análise e discussão de possibilidades processuais mais adequadas aos direitos urgentes, sejam os mesmos difusos, coletivos ou individuais, na tentativa de garantir celeridade, importância e efetividade, com a consciência de que apenas a reparação monetária é insuficiente para direitos de terceira dimensão, sugerindo que a tutela preventiva e inibitória seja compatível com a ação civil pública, fundamentada

duplamente tanto no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Processo Civil de 2015 atualmente em vigor.

Por fim, Rogéria Dotti discorre sobre tutela provisória e evidência negociada, colocando indagações pertinentes embasadas no Código de Processo Civil e a negociação de tempo para a produção de provas para a concessão da tutela da evidência, mesmo no início de um litígio, admitindo outras provas não documentais para a referida concessão. Dotti analisa o assunto e levanta a possibilidade de serem analisadas na segunda fase todas as exceções inconsistentes do réu, e neste caso, sendo adotado na prática pelo Direito Brasileiro, poderemos vir a ter nosso próprio tempo.

Com grande alegria aceitei o convite e concluo o prefácio de uma obra tão diversificada e com temáticas tão pertinentes. Parabenizo os autores, cujas credenciais constam da apresentação desse livro, oportuno não apenas para profissionais das diversas áreas do Direito, mas esclarecedoras de que há ainda muito a se avançar. Aos organizadores congratulações pela bela produção desse trabalho. Aos leitores sejam estudantes, professores ou mesmo leigos interessados, uma boa e profícua leitura.

Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr

A ARBITRAGEM COMO TÉCNICA EXTRAPROCESSUAL A SATISFAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E DA RESPONSABILIDADE SOCIAL

Alexandre Magno Augusto Moreira;
Horácio Monteschio

Resumo: O presente artigo pretende abordar o instituto da arbitragem como hipótese de técnica hábil ao alcance da função social e da responsabilidade social das empresas. Para tanto, buscar-se-á abordar de forma generalizada os fundamentos da função social da empresa e da responsabilidade social, sob uma evolução da concepção individualista do capitalismo, para a concepção social e solidária, essência de toda e qualquer atividade empresarial. Ato subsequente, pretende-se analisar o instituto da arbitragem, e, concomitantemente, delinear aportes teóricos de suas espécies convencionais, quais sejam, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Pretende-se ainda, apontar como hipótese, a utilização da arbitragem, através de seus mecanismos como forma de satisfação e realização da função social e responsabilidade social da empresa. Por derradeiro, ressalta-se que a presente pesquisa idealizou-se mediante um método de pesquisa dedutivo, com revisão bibliográfica, em análise a pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

Palavras-chave: Função Social da Empresa; Responsabilidade Social; Lei de Arbitragem.

INTRODUÇÃO

O estudo em questão tem por objetivo o estudo da arbitragem como técnica extraprocessual hábil ao alcance da função social e da responsabilidade social das empresas. Para tanto, sob uma abordagem a título de hipótese, pretende-se demonstrar que o instituto da arbitragem, como meio alternativo a solução de conflitos, é ferramenta de eficiência a solução das discussões empresariais.

Neste sentido, pelo presente trabalho pretende-se abordar em primeira análise, a função social e a consequente responsabilidade social das empresas, sob um critério de evolução da teoria individual capitalista para a concepção de uma atividade empresarial social/solidária, de forma a demonstrar que a obtenção de lucro não se manifesta como objetivo primordial da empresa, o qual se estende a preocupação com a salubridade dos empregados, o meio ambiente, a quitação de tributos dentre outros.

Na particularidade, sem buscar o esgotamento ao tema, buscar-se-á adentrar nas convenções de que trata, a Lei nº 9.307 de 1996 (Lei de Arbitragem), com o fito de conceituar e diferenciar tais institutos, como forma a demonstração de sua aplicabilidade teórica, para que, com isto, possa se justificar a eficiência de tais técnicas para o alcance da função social e da responsabilidade social da empresa.

Em complemento, após a abordagem dos temas do presente estudo, indispensável que se discorra acerca do problema entabulado na presente pesquisa, de forma a identificar a arbitragem como mecanismo alternativo de conflitos eficiente ao alcance da função e da responsabilidade social das empresas. Na oportunidade, pretende-se demonstrar seus benefícios em relação a exclusão de apreciação do Juízo Estatal (Poder Judiciário), em vários aspectos que beneficiarão a empresa, proporcionando o alcance da função social e da responsabilidade social em suas atividades.

Por fim, necessário esclarecer que a investigação será feita por meio de abordagem teórica, sob um método dedutivo, por uma pesquisa em revisão bibliográfica sobre o tema, além do estudo de

conceitos, teorias e análise jurisprudencial que visam explicar a relação e a influência do instituto da arbitragem como técnica extraprocessual eficiente ao alcance da função e da responsabilidade social empresarial.

1. ASPECTOS GERAIS DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A função social da empresa, como ponto de partida deve ser interpretada como mandamento de otimização, na condição de princípio (NERY JUNIOR, 2016, p. 37), de forma a interpretá-lo não como critério de exclusão como se faz comumente com as regras na existência de conflitos ou lacunas, mas sim, a ideia de ponderação e equilíbrio entre os mesmos, de forma a não incidência de exclusão.

A regra matriz de análise de uma interpretação de normas sob um caráter social e coletivo, requer em breve síntese, a uma apreciação do instituto da propriedade¹, sob a concepção da observação individualista do direito para uma análise posterior coletiva e solidária.

Neste sentido, a concepção da propriedade de forma individualista, passou a ser observada não como um direito do indivíduo perante o Estado, mas de forma que o seu uso deva servir ao interesse da coletividade, restando-se interpretada não pelo conceito individualista e civilista, mas por uma observação ampla, de proteção constitucional, de forma a se analisar os vários institutos jurídicos como um todo. (RABAIOLI, 2018, p. 228).

Historicamente, o significado da expressão social com relação a empresa, ou seja, caracterizada como aquela relacionada ao contexto que a circunda, advém do capitalismo liberal, de uma sociedade que até então se materializava com produtividade agrária, para uma evolução das máquinas em produção de larga escala, próprio do Século XIX. (FERRARI; GARCIA, 2015, p. 17-18). O liberalismo destacado por Adam Smith define a propriedade privada, sob livre iniciativa, buscando a maximização de lucros sem interferência do Estado, de forma a gerar a livre concorrência.

Em síntese, o individualismo na busca das empresas pela obtenção do lucro de forma desenfreada provocou por consequência, contrapontos entre crescimento econômico e queda na qualidade de vida dos empregados das indústrias, culminando em protestos populares no próprio Século XIX, e com isto, o declínio de políticas de assistência social, tais como saúde pública, moradia e educação - o *Welfare State* (TATIM, 2009) - representada pela crise do bem-estar social. Com isto, surgem o crescimento de empresas preocupadas com o lucro, porém, responsáveis com o contexto social que as envolve, seja perante seus consumidores, seja perante a saúde e qualidade de vida de seus empregados. (TATIM, 2009, p. 45-46).

Em complemento, desenvolvimento econômico e evolução empresarial social são expressões indissociáveis quando se trata do estudo da atividade empresarial em um contexto geral. Neste sentido, a empresa na atualidade não é mais vista como um conglomerado de atividade organizada com a finalidade precípua de obtenção de lucro mediante atividade de circulação de bens ou de prestação de serviços, consoante se retrata do próprio conceito de empresa previsto pela norma infraconstitucional.²

Muito mais que o objetivo de lucro e riquezas, a empresa é tida hoje sobre um aspecto de coletividade, e não sob o prisma individualista, de forma que, no desenrolar de suas atividades, além de executar a corriqueira prestação de serviços ou oferta de produtos para efeito de circulação no mercado, buscará atender e desenvolver sua atividade a benefício da coletividade. (DINIZ, 2018, p. 394).

Como reflexo, tamanha a importância da análise da atividade empresarial sob um contexto solidário e coletivo, a legislação esparsa complementa ao disposto nas regras e princípios já demonstrados, a exemplo, a Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei nº 11.101 de 2005, art. 47), quando conceitua o instituto da Recuperação Judicial como instrumento hábil a conservação da atividade empresarial em crise, com a finalidade de se atender a função social³, e mais, quando se refere a Lei das Sociedades

Anônimas (Lei n.º 6.404/76, art. 116 par. Único e 154) em seus dispositivos quando menciona os poderes dos acionistas e do administrador sempre com suas funções, atentos ao princípio da função social.

Logo, a função social não se trata exclusivamente de uma obrigação de natureza legal, como regramento jurídico, mas uma natureza de comando normativo ético, como contribuição para o desenvolvimento social. Neste aspecto, a função social da atividade empresarial está enraizada sobre um compromisso ético de respeito ao próximo, caracterizadas em específico pela geração de renda, oportunidade de emprego, preservação do meio ambiente para um desenvolvimento sustentável ecologicamente equilibrado, vista como um todo, não como aquela que busca o lucro como premissa, mas sim, de antemão, que a função social é forma qualificadora da obtenção de lucro através da humanização das relações sociais e econômicas. (VERONESE; OLIVEIRA, 2016, p. 209).

2. DA RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

Concebida a ideia de função social da empresa, insta se reportar as consequências oriundas de toda e qualquer atividade empresarial, qual seja, a responsabilidade sob um prisma social.

A responsabilidade social empresarial é conceituada sobre duas razões essenciais sob a forma de problema estabelecido na visão de GUÉDEZ (2014, p. 18), com o seguinte fundamento:

Los fundamentos de la RSE remiten a dos preguntas: ¿cuáles son las razones que justifican que una empresa asuma iniciativas de responsabilidad social?, y ¿cuál es el origen esencial de la RSE?

Diante das indagações de quais as razões para que uma empresa assumira iniciativas de RSE, e mais, qual a origem essencial desta mesma responsabilidade, o próprio autor aponta quatro razões que se destacam: a) a retribuição (contraprestação) a sociedade pelos

benefícios recebidos diante da produtividade empresarial; b) a compensação que a sociedade tem proporcionado a empresa na dinâmica do processo produtivo; c) a ideia de equidade e justiça em razão da desproporção econômica provocada por outros setores; d) e, por fim, a contribuição coletiva juntamente com as demais organizações com o desenvolvimento humano da sociedade em que convive. (GUÉDEZ, 2014, p. 19)⁴.

Como complemento, a função social da empresa e a consequente responsabilização coletiva é traduzida como um desafio sob os seguintes argumentos:

O grande desafio posto, presentemente, é fazer com que a atividade empresarial, em si mesma, seja compreendida e realizada como função social e, conseqüentemente, como responsabilidade social. A empresa, no sistema constitucional brasileiro, não se justifica em si mesma e no interesse dos integrantes do quadro societário ou de seus acionistas. A empresa somente merece tutela à medida que cumpre sua função social. A função social não lhe é externa, como um limitador da autonomia privada. A responsabilidade social da empresa decorre do fato de que a função social lhe é intrínseca no ordenamento jurídico brasileiro. (SILVA; SELLOS KNOERR, 2013, p. 445).

Para corroborar aos argumentos apresentados, a responsabilidade social das empresas é vista como atuação conjunta, e de corresponsabilidade do Estado em consonância com a conscientização social, na medida em que, é de interesse de todos que se efetivem os direitos fundamentais, de forma a se atingir o acesso a felicidade, em especial, a adequação básica de qualidade, saúde pública preventiva, e atendimento clínico eficaz, moradia segura, com vias a formação de uma sociedade e de cidadãos comprometidos com a respectiva organização, trabalhadores capacitados e instruídos para fins de educar seus filhos contra a prática de abusos, atendendo-se desta forma, os anseios da democracia (SELLOS KNOERR, 2015, p. 03).

Levando em consideração a ideia de atuação empresarial atendendo aos preceitos de atividade sob um contexto coletivo, com vias ao bem-estar social daqueles que dependem desta atividade (in) diretamente, importa traçar algumas considerações acerca da Lei nº 9.307 de 1996 (Lei de arbitragem), como marco teórico legal, a fim de justificar o instituto da arbitragem como mecanismo hábil ao alcance da função social e consequente responsabilidade social.

3. CONTEXTUALIZAÇÃO DA LEI DE ARBITRAGEM

O Poder Judiciário nos últimos anos, tem estabelecido políticas ao incentivo da utilização de métodos alternativos de solução de conflitos⁵, e mais recente, com o advento do Código de Processo Civil⁶, a legislação processual proliferou de forma intensa, o incentivo as ferramentas alternativas de solução de conflitos com o fito de se atender uma resposta jurisdicional de mérito em tempo razoável.

Historicamente, as Ordenações Filipinas retratavam no Livro Terceiro, Título XVI (Dos Juízes árbitros), a submissão de determinada questão ao julgamento de árbitros (juízes árbitros), como uma ideia de compromisso das partes ao disposto na sentença proferida pelos mesmos, e, em disposição subsequente, no Livro XVII (Dos arbitradores), pessoas escolhidas de voluntariedade das partes, para fins de solução do caso concreto, regra características e que a distingue da jurisdição⁷.

Posteriormente, a arbitragem foi inserida no texto da Constituição de 1824,⁸ com subsequente disposição em legislações esparsas, das quais destacam-se o Código Comercial de 1850,⁹ e, o próprio Código de Processo Civil de 1939, revogado pelo então Código de 1973, o qual dispunha de forma mais específica, a aplicação do instituto no regramento dos procedimentos especiais acerca do compromisso dos árbitros, regras de procedimento e homologação. (ALMEIDA, 2007, p. 15-16).

Atualmente, a arbitragem é tratada pela lei nº 9.307 de 1996, com as relevantes reformas dispostas pela Lei nº 13.129 de 2015. Caracterizada como um método de heterocomposição de solução de conflitos, por intermédio do qual as partes submetem determinado conflito a uma terceira pessoa, de confiança das partes, amigável e imparcial (DIDIER JR, 2015, p. 170), o que a distingue da jurisdição, uma vez que nesta, o conflito é entregue a prestação do Estado, na pessoa do Poder Judiciário (MEDINA, 2015, p. 76).

A arbitragem ou juízo arbitral (*Schiedsgericht*) consiste em meio alternativo em que as partes submetem seus interesses a um árbitro que é nomeado para a solução do conflito. A arbitragem está regulada por lei especial (Lei 9.307/1996, com alteração de relevo pela Lei 13.129/2015) e se aplica apenas aos interesses patrimoniais disponíveis. (...) a grande vantagem da arbitragem está na celeridade e na especificidade dos árbitros, que serão escolhidos para a decisão de um conflito específico, e na possibilidade de decisão pela equidade ou com aplicação do próprio direito alienígena, desde que não conflite com as disposições de ordem pública de nosso ordenamento. (ARAÚJO, 2016, p. 63).

Como complemento, importa destacar a natureza conceitual mista da arbitragem, como privada e processual, para quem defende que:

A arbitragem como instância jurisdicional de origem contratual, possui uma natureza mista: privada e pública. A arbitragem é privada pela sua origem convencional, fundamentada no princípio da autonomia da vontade das partes e pública pela sua função jurisdicional de resolver o litígio. Nesta perspectiva, a cláusula arbitral apresenta dois efeitos principais: efeito positivo (submissão do litígio à arbitragem) e efeito negativo (renúncia a jurisdição estatal). (LEE, 2003, p. 14).

O instituto por se tratar de grande relevância na esfera de atuação paralela ao exercício jurisdicional em matéria de solução de conflitos é visto na atualidade em ascensão, uma vez que,

conforme será tratado em tópico distinto, reduz em grande parte os gastos de natureza econômica das empresas, e mais, a redução no dispêndio de tempo para fins de solução dos conflitos submetidos ao crivo de terceira pessoa.

Em resumo, DIDIER JUNIOR (2015, p. 171) preleciona características intrínsecas ao instituto da arbitragem dos quais destacam-se, a possibilidade de escolha da norma de direito material que seja submetida a julgamento pelo tribunal arbitral, sempre atento aos bons costumes e normas gerais (princípios gerais do direito); a existência de um árbitro, pessoa física e capaz, equiparados aos juízes de direito e de fato no tocante as responsabilidades (art. 13); a sentença arbitral produz efeitos imediatos, e, portanto, desnecessária a homologação por órgão judicial (art. 31), constituindo título executivo judicial (art. 31 e 515 inciso VII do Código de Processo Civil de 2015), salientando-se que o árbitro não possui poderes de realização de atos constitutivos de execução, cabendo ao Poder Judiciário, respectivos atos estatais em razão do Poder *Imperium*.¹⁰

Neste instituto, que vem evoluindo em larga aplicabilidade prática, respectiva convenção denominada Convenção de Arbitragem em interpretação *lato sensu*, se desmembra de forma prática em duas formas distintas de aplicabilidade, das quais destacam-se a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, que adiante será abordado.

3.1 A cláusula compromissória

Com disposição geral no art. 3º da Lei de arbitragem, com suas especificidades dispostas no art. 4º da respectiva Lei, trata-se de um acordo entabulado entre as partes, qualificado como um negócio jurídico¹¹, do qual as partes pertencentes ao contrato submetem a arbitragem e suas especificidades aos litígios que possam vir a surgir referente a convenção entabulada.

Cláusula compromissória é a convenção em que as partes decidem, prévia e abstratamente, que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão

resolvidas pela arbitragem; as partes, antes do litígio surgir, determinam que, uma vez ele ocorrendo, a sua solução, qualquer que seja o conflito, desde que decorra de certo negócio jurídico, dar-se-á pela arbitragem (DIDIER, 2015, p. 171).

Por sua vez, é uma tratativa que pressupõe a existência da cláusula sem que se fale da existência do conflito, e, na hipótese de sua ocorrência para o futuro, que seja avocada a respectiva discussão ao Juízo arbitral, com as peculiaridades inerentes ao seu sistema.

Tamanha a importância de se tratar o tema, que o Superior Tribunal de Justiça decidiu em acórdão proferido no Recurso Especial de nº 1.656.643, de origem do Rio de Janeiro, da lavra da Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, com julgamento na Terceira Turma, publicada em 12 de Abril de 2019, que, estipulada a Convenção de Arbitragem de forma contratual e expressa, não há mais que se falar em apreciação estatal pelo Poder Judiciário de forma precedente (BRASIL, 2019).

Como complemento, a Ministra relata em seu voto, que quando instituída a convenção prévia, é dever do Juízo arbitral de analisar as questões da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, e mais, a necessária análise ao mérito do contrato, equiparando a apreciação a um princípio, nominado sob a expressão competência-competência, com regramento legal nos arts. 8º e 20 da Lei nº 9.307 de 1996.¹² (BRASIL, 2019).

Em atenção ao critério da obrigatoriedade precedente da Lei de arbitragem, Carmona (2004) pondera a questão da autonomia da vontade como preferência de todo e qualquer interesse:

A Lei de Arbitragem está centrada numa pilastra importantíssima que é a autonomia da vontade. Mas autonomia com responsabilidade, o que tem preço. Em termos vulgares, quem disser: “quero arbitragem”, não se livra mais dela, a não ser que os dois contratantes resolvam, consensualmente, abandonar a via arbitral em prol da solução negociada ou da solução judicial.

Portanto, em que pese a uma primeira análise circunstancial, de que todo e qualquer conflito contratual, seja de forma precedente submetido ao crivo de um poder estatal (Poder Judiciário) para fins de resposta imperativa, a Lei de arbitragem traz em seu aspecto a força auto negociável, e, desde que instituída previamente e de forma expressa a convenção¹³, respectiva questão será objeto de análise precípua de suas discussões ao crivo do Tribunal arbitral nos termos da Lei, por extensão do posicionamento jurisprudencial dominante.

Dada as relevantes peculiaridades que cercam a cláusula compromissória, importa esclarecer que não se discorrerá o presente instituto para fins de esgotamento de conteúdo, uma vez que, não é o objetivo do presente trabalho. Para tanto, apresenta-se adiante o compromisso arbitral, como negócio vinculante aos regramentos da Lei de arbitragem.

3.2 O compromisso arbitral

Em contraposição a cláusula compromissória, com regra disposta no art. 9º da Lei de Arbitragem, o Compromisso Arbitral é uma convenção estipulada entre as partes pela qual estas submetem determinado litígio, a apreciação de um ou mais árbitros, classificando-a por judicial ou extrajudicial. (BRASIL, 1997).

Já o compromisso, é o veículo do Juízo arbitral. É o negócio jurídico por meio do qual as partes em litígio se submetem, a decisão de um ou mais árbitros, sobre suas controvérsias. É o ato pelo qual as partes em dissídio resolvem constituir o juízo arbitral, fixando-lhe o objeto e escolhem o árbitro. (FURTADO; BULOS, 1998, p. 51).

Portanto, no compromisso arbitral o conflito encontra-se materializado, com a diferença da obrigatoriedade de requisitos objetivos constantes do instrumento, dos quais destacam-se a qualificação das partes, árbitros, a matéria conflituosa e o local onde será proferida a sentença de arbitragem (art. 10 da Lei de

Arbitragem), bem como de requisitos eventualmente necessários, elencado pela doutrina como acidentais ou facultativos, sendo eles, o local das discussões do processo arbitral, a permissão da utilização da equidade no julgamento, prazo para apresentação da sentença, indicação da lei nacional, e regras corporativas aplicáveis, declaração do responsável pelo pagamento dos honorários e respectivo arbitramento (art. 11 da Lei de Arbitragem). (CARMONA, 2004).

Por oportuno, o compromisso arbitral é negócio entabulado entre as partes *pós facto*, ou seja, instituído o conflito entre as partes, de forma que a cláusula compromissória se materializa de forma antecipada ao conflito existente, por vontade comum entre as partes a submissão de determinado conflito e evento futuro e incerto, com características similares a cláusula de eleição de foro nos contratos que submetem a apreciação de discussões a serem dirimidas pelo ente estatal (Poder Judiciário).

Ressalta-se ainda, a discussão da natureza jurídica do compromisso arbitral: se da esfera do direito material ou de natureza processual. Neste sentido, no compromisso, há uma relação negocial com finalidade e vontade, que não se restringe exclusivamente as partes, mas que muito além disto, extensivo aos árbitros submetidos a análise do conflito. Portanto, trata-se de instituto do direito material, enquanto natureza jurídica, pois, uns, são os árbitros, instrumentos de realização de atos próprios do direito processual (sentença arbitral), outras, são as partes, integrantes da relação negocial conflitante submetida a arbitragem. (FURTADO; BULOS, 1998, p. 51).

4. A ARBITRAGEM COMO MECANISMO A SATISFAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E DA RESPONSABILIDADE SOCIAL

Delineados os fundamentos da Lei de Arbitragem e as peculiaridades que guardam as hipóteses de convenção, cabe esclarecer a delimitação do objeto do estudo em questão. A arbitragem, através de seus mecanismos de solução alternativa de

conflitos, é instrumento legal e hábil para que as empresas alcancem a função social, e, principalmente, para que atinjam a responsabilidade social enquanto atividade produtiva.

A princípio, esclarece-se que o termo convenção está por designar a natureza *sui generis*, de suas hipóteses, quais sejam, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Logo, quando se menciona o termo convenção, estar-se-á fazendo menção a ambas hipóteses.

Neste sentido, para justificar a utilização da respectiva técnica extraprocessual, importa esclarecer os motivos que tornam por satisfatória a utilização da convenção de arbitragem em favor das empresas. Sob um aspecto da submissão dos conflitos ao Poder Judiciário, com a exclusão da apreciação pelo órgão estatal, atribuindo a competência por convenção, dita opção é forma de redução de custos as empresas, favorecido por um sistema de incentivos, ao fiel cumprimento dos contratos empresariais, maximizando os ganhos comerciais entre as partes. (PUGLIESE; SALAMA, 2008, p. 19).

Pelos custos de transação, PUGLIESE e SALAMA (2008, p. 19) caracteriza como todo aquele responsável pela análise do monitoramento, procura e negociação das relações comerciais, exemplificando, a análise dos custos de uma transação econômica, levando em consideração os conflitos decorrentes da mesma. Neste sentido, ao se analisar subjetivamente os custos vinculados a oportunidade e conveniência da celebração de um contrato, o contratante aprecia o monitoramento quanto ao acompanhamento das parcelas pagas (adimplemento), e, do mesmo modo, a eficácia legal e contratual de eventuais mecanismos para a satisfação da relação em razão de eventual inadimplemento. Quanto maior os custos neste caso, maior o risco de o contratante assumir a relação contratual.

A arbitragem é classificada como redução positiva de custos na transação comercial quando comparada a prestação jurisdicional¹⁴, uma vez que, a agilidade de solução do conflito é maior, e, quanto mais morosa a solução da relação contratual, o objeto litigioso em

conflito fica privado de transação. (PUGLIESE; SALAMA, 2008, p. 20).

Outro aspecto que favorece a utilização da arbitragem em detrimento a atuação estatal é a especialização dos árbitros em determinada área do conhecimento para o exercício de seu mister.

A possibilidade de melhora na qualidade das decisões, decorrente da *especialização* dos árbitros, também pode representar economia para as partes. Uma das vantagens da arbitragem é a possibilidade de utilização de árbitros que tenham familiaridade com a matéria objeto da controvérsia. Ao contrário do juiz estatal, o árbitro pode ter formação específica em área técnica que interessa diretamente ao objeto da arbitragem. É razoável supor, por exemplo, que o árbitro com anos de experiência na indústria petrolífera possa aferir com maior precisão os termos técnicos da contratação para exploração ou transporte de petróleo, além dos usos e costumes nos negócios da indústria petrolífera. A expectativa de que os contratos sejam interpretados por especialistas diminui os custos das partes relativos à negociação de contratos. (PUGLIESE; SALAMA, 2008, p. 20).

Portanto, a probabilidade de erro por parte de um árbitro, *expert* em determinada área do conhecimento, a exemplo, na discussão vinculada ao agronegócio, é proporcionalmente menor que a provável falha de um Magistrado com aptidão técnica para o julgamento de conflitos da esfera civil, trabalhista, causas que comumente são discutidas na esfera judicial.

Como complemento, PUGLIESE e SALAMA (2008) defende a tese de que a atuação estatal e o Juízo arbitral realizam competição de prestação de serviços, quando se analisa sob o aspecto da oferta da atividade. Aponta-se como solução ao enfrentamento da Lei de Arbitragem, a exemplo, a criação da Lei de Juizados Especiais, como forma de solução simplificada de conflitos a causas de menor complexidade, bem como as recentes reformas que introduziram políticas públicas de solução alternativa de conflitos, como o uso da mediação e da conciliação.

Importa ressaltar, em que pese a afirmativa de que tais mecanismos concorram, ou que convivam de forma harmoniosa, se complementando, é certo, que em países como o Brasil, onde fica caracterizada uma Justiça com resposta morosa,¹⁵ e, principalmente dispendiosa de custos, a arbitragem através de seus mecanismos dotados de eficiência, se tornará atrativa aos contratantes, quando se trata do aspecto da procura por tais prestações.

No intuito de justificar a eficácia da arbitragem como forma de melhora dos resultados das empresas, importa apresentar de forma breve, dizeres de uma pesquisa formulada pela *American Arbitration Association* (AAA) apresentada por Neves (2003, p. 31). A pesquisa Norte Americana promoveu uma pesquisa no âmbito empresarial com a finalidade de verificar a eficácia das ADRs (*Alternative Dispute Resolution*) e concluiu que quanto maior a frequência das ADRs, maior o grau de inteligência e eficiência das empresas. (NEVES, 2003, p. 31).

Os empresários têm reconhecido que o sucesso das soluções de disputas pode ser medido não apenas pelo fato de se sair vencedor ou vencido no processo litigioso, mas principalmente pelo grau de eficiência da empresa em administrar os impactos econômicos e não-econômicos dos conflitos em que a organização é envolvida em relação ao próprio negócio. (NEVES, 2003, p. 32).

E acrescenta a pesquisa, que as empresas que utilizam de forma frequente as ADRs: a) apresentam sólido relacionamento comercial com seus consumidores, fornecedores, empregados e sócios (*Stakeholders*); b) apreciam a especialidade, imparcialidade e rapidez das ADRs; c) apresentam departamentos jurídicos ou contratação de assessores com baixo orçamento e administram seus custos com alto grau de eficiência. (NEVES, 2003, p. 33).

Desta feita, para a questão enfoque da presente pesquisa, importa esclarecer que a arbitragem, enquanto instituto extraprocessual, é técnica hábil ao alcance da função social das

empresas, bem como aos objetivos buscados quando se trata da responsabilidade social.

Isto porque, como dito anteriormente, a empresa mais do que nunca exerce seu papel de atividade organizada para a circulação de mercadorias e prestação de serviços com a finalidade de obtenção de lucro, sem antes esquecer, que a finalidade lucrativa deva estar atrelada a sua evolução social, beneficiando qualidade de vida de seus empregados, o bem estar dos mesmos e dos consumidores que fazem parte da cadeia econômica, e mais, atender o equilíbrio ecológico sustentável enquanto cadeia econômica produtiva.

Como hipótese de justificativa, leva-se a crer que as transações contratuais realizadas pelas empresas, quando antecipadas de cláusula compromissória, ou, pelo compromisso arbitral, possam as mesmas se precaver e evitar o inadimplemento de cláusulas evitando-se prejuízos e transtornos as empresas. Do contrário, instaurado o conflito mediante o inadimplemento contratual, as cláusulas permitirão a solução fiel pelo instituto da arbitragem de forma menos dispendiosa de custos e de tempo.

Neste contexto, a utilização da arbitragem através de seus pactos pré/pós fato permitirá com que a empresa permaneça em franca atividade de produção, com a manutenção dos empregos, ou até novas contratações, de forma que a produção poderá se expandir, e a atividade econômica se tornará estável ou em ascensão, finalidade de todo e qualquer empresário.

Por outro lado, eventual discussão judicial proporcionará o dispêndio de tempo e de custos (despesas e custas processuais), o que trará para os empresários maior desgaste sob o enfoque de tempo, e mais, pela indisponibilidade dos bens litigiosos, até que o processo chegue ao término com respectivo trânsito em julgado e entrega do bem jurídico tutelado, o que pode levar a empresa a *bancarrota*.

Sobre tal perspectiva, acima de tudo, a redução de tempo na solução dos problemas para o moderno sistema econômico atual, é muito mais relevante que a redução de custos, vez que, a agilidade

nos procedimentos extrajudiciais de solução de conflitos, aliado a especialidade dos profissionais que cercam o procedimento arbitral, faz do instituto, a forma de resposta adequada para os anseios das atividades empresariais na atualidade.

Tal situação trará benefícios diretos aos empresários na redução de tempo na solução da controvérsia, no respaldo técnico por parte dos árbitros, e mais, na manutenção da relação entre os fornecedores, consumidores e na manutenção dos empregos atuais da empresa, e até mesmo, na contratação de futuros empregados quando da ascensão empresarial. Com isto, se propicia a principal finalidade que se destaca no presente artigo, a busca da manutenção da função social da empresa e a atenção a finalidade de seus princípios pela realização da responsabilidade empresarial, beneficiando a máquina produtiva, a salubridade dos empregados e do meio ambiente de trabalho que os cercam, a fiel arrecadação da tributação, e a constante preocupação com o desenvolvimento sustentável na atividade econômica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o referido trabalho, procurou-se demonstrar dentro de uma hipótese estabelecida, a eficiência do instituto da arbitragem, como mecanismos de solução alternativa de conflitos, hábil ao alcance da função e da responsabilidade social empresarial.

Neste sentido, observou-se de forma teórica, a necessidade das empresas, em adotar uma política de resolução alternativa de conflitos, que propicie a eficiência da solução dos problemas do dia-a-dia da seara empresarial.

As atividades empresariais, dada a natureza de suas transações imediatas, necessitam de mecanismos que propiciem a solução dos problemas, o que se pode dizer, dos conflitos, em um tempo razoável. É cediço que o Judiciário, tem sido uma ferramenta estatal de solução de conflitos, que tem apresentado resultados que muitas vezes, interferem no regular andamento das empresas.

Neste sentido, o aporte teórico disposto no trabalho, trouxe a ideia de buscar mecanismos distintos ao da sentença, uma vez que,

infelizmente, quando proferida pelo Juízo, uma das partes permanece descontente, provocando com isto, novas teses recursais, novas discussões, e a elasticidade da solução do problema, ser resolvido pelos Tribunais a um momento futuro e incerto.

Tal incerteza provocada pelo Judiciário, trará problemas as atividades empresariais, uma vez que, o bem jurídico tutelado no processo ficará pendente, o que poderá interferir nas transações empresariais. Ademais, o conflito entabulado no Judiciário gera desconforto nas relações empresariais, situação não digerida de forma saudável para futuras atividades empresariais entre os conflitantes.

Tais motivos são mais que suficientes para se demonstrar que a arbitragem, através de seus mecanismos convencionais, é ferramenta eficiente para o alcance das soluções de conflitos empresariais, seja pelo aspecto do tempo, seja pela condição técnica dos árbitros em relação ao conhecimento de experiências do magistrado na análise de casos complexos submetidos ao Judiciário, seja pela continuidade da relação entre os fornecedores, consumidores e o benefícios aos próprios empregados (*Stakeholders*) nas transações quando da solução imediata do caso.

Pelo estudo apresentado, levando em consideração a solução rápida dos conflitos pela arbitragem, as empresas permanecem com suas transações em atividade, sua produtividade ficará ativa, atingindo o fim colimado, qual seja, beneficiando a máquina produtiva, a salubridade dos empregados e do meio ambiente de trabalho que os cercam, a fiel arrecadação da tributação, e a constante preocupação com o desenvolvimento sustentável na atividade econômica, primados da função e da responsabilidade empresarial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Caroline Sampaio de. **Governança Corporativa: Arbitragem, administração de conflitos societários e**

desenvolvimento econômico e social. 2007. 195 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp044593.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de Processo Civil:** parte geral. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 10 nov. 2019.

_____. Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125 de 29 de Novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de

tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1656643. Parte litigante BRPR XXVII Empreendimentos e Participações Ltda, Manchester Patrimonial SA, Relatora Nanci Andrichi, 12 abr. 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=94442961&num_registro=201502436340&data=20190412&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 11 nov. 2019.

CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 1, n. ja/abr. 2004, p. 21-31, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Arbitragem. Cláusula Compromissória Cognição e *Imperium*. Medidas Cautelares e Antecipatórias. Civil Law e Common Law. Incompetência da Justiça Estadual. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 42-59, Julho-Outubro de 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de Falências e de Recuperação de empresas**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus. Podvm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de empresa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Importância da função social da empresa**. Disponível em: <

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2815>>. Acesso em 10 nov. 2019.

FERRARI, Graziela Maria Rigo; GARCIA, Ricardo Lupion. Função Social da Empresa: Dimensão positiva e Restritiva e Responsabilidade Social. **Revista Síntese Direito Empresarial**, São Paulo, ano 8, n. 45, p. 15-35, Julho-Agosto de 2015.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei de Arbitragem Comentada**: breves comentários a Lei 9.307 de 23-9-1996. São Paulo: Saraiva, 1998.

GUÉDEZ, Victor. **La RSE em Perspectiva**. Ideas para su Diseno, Inplantación, Desarrollo Y Evaluación. Disponível em: <<https://www.ethos.org.br/cedoc/la-rse-en-perspectiva-ideas-para-su-diseno-implantacion-desarrollo-y-evaluacion/#.Xc1rza8naM9>>. Acesso em 13 nov. 2019.

LEE, João Bosco. Parecer: Eficácia da Cláusula Arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem no tempo. Transmissão de cláusula Compromissória. *Anti suit Injunction*. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 7-36, Julho-Outubro de 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. rev. ampl. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Flávia Bittar. A Visão Empresarial da Arbitragem: Como a administração de conflitos pode melhorar os resultados econômicos e não-econômicos do negócio? **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 30-39, Julho-Outubro de 2003.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, vols. 1 a 5; Edição de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro de 1870. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/b.htm>. Acesso em: 11 nov. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em 12 nov. 2019.

RABAIOLI, Laíza. **Teoria e prática da função social da empresa: a readaptação e reabilitação dos trabalhadores com deficiência em razão de acidente laboral**. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p.226-241, abr. 2018. Disponível em: www.seer.ufrgs.br/ressevera. Acesso em 10 nov. 2019.

SÉLLOS KNOERR, Viviane Coêlho de. **A responsabilidade social empresarial e a efetivação dos programas nacionais visando a erradicação da exploração do trabalho infantil como questão de dignidade humana**. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima6/Eradicacao-do-Trabalho-Infantil.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2019.

SILVA, Marcos Alves da; SÉLLOS KNOERR, Viviane Coêlho de. **Responsabilidade Social da Empresa e Subcidadania Pautas para uma reflexão de índole Constitucional**. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/611>>. Acesso em 10 nov. 2019.

TATIM, Denise Carvalho. **Responsabilidade Social Empresarial: representações sociais e ideologia**. 2009. 159 f. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/4935>. Acesso em: 13 nov. 2019.

VERONESE, Eduardo Felipe; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **A atividade empresarial e sua função social: a efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <

[1] Art. 5 (...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

[2] (...) por isso o empresário deverá exercer sua atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços no mercado de consumo, de forma a prevalecer a livre concorrência sem que haja abuso de posição mercadológica dominante, procurando proporcionar meios para a efetiva defesa dos interesses do consumidor a redução das desigualdades sociais, assumir funções assistenciais para seus empregados, p. ex., formando serviços médicos, fundos de previdência, planos de aposentadoria, promovendo ensino básico, creches, transporte, e ainda, realizar projetos de recuperação do meio ambiente e do patrimônio histórico-cultural. (Diniz, 2009, p. 23).

[3] (...) os objetivos delas são iguais: saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores. Diz-se que, recuperada, a empresa poderá cumprir a sua função social. (COELHO, 2011, p. 171-172).

[4] Al atender la primera cuestion encontramos que la empresa debe adelantar una armonica relacion con la comunidad, al menos, por cuatro razones. En primer lugar, debe retribuir a la sociedad lo que esta le ha proporcionado para que la empresa nazca, crezca, se desarrolle y se proyecte hacia el futuro. Tambien la empresa debe compensar lo que le ha quitado a la sociedad durante la dinamica del proceso productivo. Pero ademas, debe compartir, en el marco de una idea de justicia, parte de las ganancias con los sectores mas desfavorecidos. Finalmente, esta moralmente obligada a contribuir, junto al resto de las organizaciones que configuran la realidad social, con el desarrollo humano e integral del pais donde opera. (GUÉDEZ, 2014, p. 19).

[5] Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

[6] Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 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.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

[7] ORDENAÇÕES FILIPINAS, 1870. Disponível em:
<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/b.htm>.

[8] Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

[9] Art. 245 - Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral.

[10] O Poder *Imperium* se refere a impossibilidade de realização de determinados atos, em virtude da força coercitiva que não lhe é inerente, como é o caso do poder estatal. Neste sentido: (...) Se a pretensão for preponderantemente declaratória, a sentença arbitral dirá em definitivo sobre a existência, inexistência ou modo de existir da relação jurídica (eficácia satisfativa plena); se a pretensão for constitutiva, a sentença arbitral constituirá ou desconstituirá a relação de direito (eficácia satisfativa plena); se a pretensão for condenatória, a sentença arbitral impõe-se como título executivo judicial, que servirá de base ao processo de execução perante o juiz togado; se mandamental ou executiva, o árbitro solicitará ao juiz togado a expedição do mandado que couber. E ainda (...) Ora, o juiz arbitral não detém de poderes inerentes ao *imperium*, ou seja, para ordenar ou efetuar modificações no “plano dos fatos”, e assim o diz, talvez com alguma impropriedade textual, o citado art. 22 § 4º da Lei de Arbitragem. (CARNEIRO, 2003, p. 48).

[11] O conceito de negócio jurídico é delineado sob a expressão elemento volitivo na medida em que “Em todo ato jurídico, sem dúvida, existe uma emissão de vontade. Mas a doutrina contemporânea manifesta cuidado na distinção das duas noções, admitindo a manifestação volitiva como gênero, e o negócio jurídico como espécie, porque, existindo declarações de vontade que tem em vista realizar uma finalidade jurídica, e outras não, somente as primeiras compõem o extremo do negócio jurídico. Todo ato jurídico, portanto, se origina de uma emissão de vontade, mas nem toda declaração de vontade constitui um negócio jurídico. (PEREIRA, 2010, p. 409).

[12] Art. 8º (...).

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

[13] Art. 4 (...)

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

[14] Em contraponto a afirmação de que a arbitragem é eficaz e menos dispendiosa, vale trazer o posicionamento dissonante de Cappletti e Garth (1988, p. 82-83) na obra *Acesso à Justiça*, como forma de reflexão, quando apresenta a crítica ao Juízo arbitral, e destaca que o processo arbitral, embora relativamente rápido e dispendioso, tende a tornar-se muito caro para as partes, em razão dos honorários dos árbitros. Justifica ainda, que em alguns países, tem-se proposto que os custos da arbitragem sejam custeados pelo Estado, como é o caso exemplificado na França.

[15] Os efeitos negativos da resposta jurisdicional são apresentados por Neves (2003, p. 35) quando menciona que a morosidade, o formalismo e a burocracia, às vezes prejudicam a eficácia da prestação jurisdicional. Não são raras as vezes em que, após uma longa e dispendiosa batalha jurídica, quando o proferimento da sentença judicial definitiva (da qual não caiba mais recurso), a prestação jurisdicional não produz os efeitos desejados. (...) Além disso, uma empresa que leva anos na justiça para solucionar uma controvérsia pode perder ou mesmo paralisar a produtividade de seu parque industrial e ter seu patrimônio desvalorizado pelo decurso do tempo, o que se traduz na perda de rentabilidade da organização. (NEVES, 2003, p. 35).

A LEGITIMAÇÃO PELO DIREITO NO ESTADO DE EXCEÇÃO

Gerson Faustino Rosa;
Carolina Noura De Moraes Rêgo

Resumo: O presente trabalho propõe uma reflexão acerca do papel exercido pelo Estado de Direito na vida dos cidadãos, em especial quando esse Estado vale-se do liberalismo como arte de governar e passa a ser o gestor da “felicidade” humana. Durante essa reflexão, faz-se um breve excuroso nas obras de Giorgio Agamben e Michel Foucault, analisando os conceitos de Estado de exceção e de biopolítica, respectivamente desenvolvido por eles. Regressa-se à forma de exclusão sofrida pelo homo sacer, conforme o pensamento de Agamben, a fim de compará-lo ao “bandido” dos nossos dias, também excluído da sociedade no mais das vezes. Por fim, expõe-se o papel do Direito do Estado, utilizado como instrumento de legitimação da crueldade e de interesses que não condizem com a vontade geral. Empregar-se-á, para tanto, os métodos lógico-dedutivo e indutivo-argumentativo, através de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografia nacional e estrangeira.

Palavras-chave: Estado; Direito; Biopolítica; Homo Sacer; Estado de Exceção.

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido acerca da o real papel do Direito na regulação da vida humana, confrontando sua função de pacificação social ao mister exercido pelo Ordenamento Jurídico no liberalismo enquanto arte de governar, onde passa a ser usado,

em verdade, como um dispositivo de racionalização da vida humana.

Para tanto, far-se-á um excuro nas obras de Giorgio Agamben e Michel Foucault, abordando, respectivamente, a teoria do Estado de exceção e a noção de biopolítica, iniciando pelo testemunho do deixar morrer e a implicação do direito nas formas de vida. Daí falar-se que o campo de concentração é o mais absoluto espaço biopolítico jamais realizado, no qual o poder não tem diante de si senão a pura vida sem qualquer mediação.

O resto de Auschwitz significa a solapa da própria eficácia do dizer e, por isso mesmo, institui a verdade de sua fala. E este “resto” como aquilo que, no testemunho, encoberta a própria eficácia do dizer e, por isso mesmo, institui a verdade de sua fala.

Nos campos de concentração há uma devastadora ausência de normas, a administração nazista estabelece uma “ordem” tão rígida quanto aleatória, os presos são entregues a um arbítrio implacável. A dificuldade tem a ver com a própria estrutura do testemunho. Um dos equívocos do campo é a confusão entre categorias éticas e categorias jurídicas .

O testemunho traz lacunas de identidade de quem testemunha e de credibilidade de quem testemunha. Não é possível dizer a verdade, testemunhar a partir de fora.

E logo surge a vergonha de ser sobrevivente, pois aquele que sobrevive no campo, sente-se culpado por presenciar a morte dos demais, que talvez tenham morrido em seu lugar. E a outra face da vergonha de quem sobreviveu é a exaltação da simples sobrevivência como tal. A sobrevivência é uma experiência dotada de uma estrutura definida, nem fortuita, nem regressiva, nem amoral e ao mesmo tempo, torna visível tal estrutura.

De fato, não é certo que o sentimento de culpa por viver em lugar de outrem seja a explicação correta para a vergonha do sobrevivente. Ocorre que, ter vergonha significa ser entregue a um inassumível. Não é algo exterior, mas interior. Daí dizer que o termo “sobreviver” contém uma ambiguidade impossível de eliminar, pois supõe uma remissão a algo ou a alguém, a que se

sobrevive. Por isso a assertiva de Agamben, de que “o homem é aquele que pode sobreviver ao homem” .

Assim, “o fazer viver e o deixar morrer” marcam o biopoder, transformando a estatização do biológico e o cuidado com a vida no próprio objetivo primário. É a biopolítica do século XX: nem a vida, nem a morte, mas a mera produção de uma sobrevivência modulável . Tem-se então, cada vez mais, uma política “da” vida, e não uma política “para” a vida. É pois uma política como recurso funcional para a eficiência institucional, onde a vida se torna meio da política entendida como gestão, que torna-se uma fim. Uma absurda inversão de valores.

Trata-se no caso do homem de separar cada vez mais a vida orgânica da vida animal, o não-humano do humano, o “muçulmano” da testemunha, a vida vegetal mantida em funcionamento mediante as técnicas de reanimação da vida consciente, até alcançar um “ponto-limite” que, assim como as fronteiras geopolíticas, é essencialmente móvel e se desloca segundo o progresso das tecnologias científicas e políticas .

O contexto é, portanto, de uma vida que se vive sem viver, de “fazer viver e deixar morrer”, de uma vida sem sentido em que o sujeito simplesmente se “a-sujeita”, ficando sempre a serviço de ou à disposição... Sendo que as instituições regulam a forma de vida. Eis a similaridade com a vida nos campos de concentração . O testemunho não garante a verdade fatural do enunciando conservado no arquivo, mas a sua não-arquivabilidade, a sua exterioridade.

Utilizar-se-á, no presente trabalho, o método lógico-dedutivo, a fim de compreender o paralelo traçado por Agamben entre a vida no Estado de Direito e a vida no campo de concentração, bem como, a denúncia foucaultiana de mera gestão da vida biológica pelo Estado. Empregar-se-á ainda, o método indutivo-argumentativo, demonstrando a implicação desses estudos na atual conjuntura do Estado de Direito. Valer-se-á, para tanto, de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografias nacional e estrangeira.

1. O MUÇULMANO E A CRUELDADE HUMANA: UM RETORNO AO HOMO SACER

A partir do “bando”, dos grupos gentílicos primitivos - de onde se transpõe a matriz jurídico-obrigacional do débito e do crédito, e portanto, o apanágio do processo civilizatório – tem-se a base da organização social, e por consequência, o elemento originário da política. E diante do descumprimento da obligatio por um de seus membros, o grupo gentílico o expulsava, quebrando o ideal de solidariedade existente, não havendo, a partir do abandono, direitos e obrigações entre o grupo e o proscrito, que era excluído. O indivíduo banido da comunidade passa a ser odiado como um inimigo, que passa a viver à mercê da violência e do arbítrio de indivíduos e grupos .

Contornos semelhantes, encontramos no Friedlos, do Direito germânico e no Homo Sacer do Direito romano, ambos condenados a viver em proscricção religiosa e civil, completamente excluídos da comunidade humana e sujeitos à vingança divina .

O homo sacer é, segundo Agamben, a figura jurídico-política pela qual uma pessoa, ao ser proclamada sacer (sagrado), era legalmente excluída do Direito e, conseqüentemente, da política da cidade. Tal condição de sacer impedia que ela pudesse ser legalmente morta (sacrificada), porém qualquer um poderia matá-la sem que a lei o culpasse por isso . O homo sacer é a vida abandonada pelo Direito. É o que Walter Benjamin denominou de pura vida nua .

A particularidade do homo sacer é que ele é incluído pela exclusão e excluído de forma inclusiva. Esta figura paradoxal captura a vida humana pela exclusão ao mesmo tempo em que a inclui pelo abandono. É uma vida matável por estar fora do Direito, mas por isso mesmo ela não pode ser condenada juridicamente. Está exposta à vulnerabilidade da violência por ser desprovida de qualquer direito, sendo que tal vulnerabilidade se deriva de um ato de direito que a excluiu .

O homo sacer é um conceito-limite do Direito romano que delimita o limiar da ordem social e da vida humana. Nele

transparece a correlação entre a sacralidade e a soberania. Ambas são estruturas originárias do poder político e jurídico ocidentais porque revelam os dois personagens que estão fora e acima da ordem: o homo sacer e o soberano. O homo sacer não só mostra a fragilidade da vida humana abandonada pelo Direito, mas também, e mais importante, revela a existência de uma vontade soberana capaz de suspender a ordem e o Direito, ou seja, a existência do soberano como figura essencial do Direito ocidental e da sua ordem política. O soberano existe porque tem o poder de decretar a exceção do direito, ou seja, suspender o direito para decretar a existência da vida nua. Só um poder soberano, que esteja fora da ordem e acima do direito, tem o poder de decretar a suspensão do direito para os outros.

Há, hodiernamente, uma coimplicação originária entre a sacralidade da vida e o poder soberano, e esta confusão vai além da origem religiosa das nossas sociedades (do Direito e da política), que é inquestionável e muito pouco levada em conta nas nossas sociedades secularizadas, em que o nascimento do sujeito e a soberania uniram-se no sujeito soberano, fundamento da Nação-Estado.

Assim, não se trata do homem como sujeito político, mas do seu simples nascimento e exposição ao poder, como condição humana precível. Manifesta-se então, uma cumplicidade persistente entre a exceção soberana e a vida humana. A vida humana é capturada dentro da ordem na medida em que está presa à figura da exceção. Ou seja, a vida humana existe dentro do Direito sempre com a ameaça potencial de ser decretada vida nua, em razão da condição precível do humano, da vida do vivente.

E a “vontade soberana”, que tem o poder de decretar a exceção, continua sendo constitutiva da ordem moderna, inclusive do Estado de Direito. Trata-se de prerrogativa que coloca a vida humana, ou melhor, todas as vidas humanas, sobre a potencial ameaça da exceção. Logo, se por qualquer circunstância, uma pessoa ou um grupo populacional representar uma ameaça, real ou

suposta, para a ordem, eles poderão sofrer a suspensão parcial ou total dos direitos para melhor controle de suas vidas .

A política da exceção jurídica foi e continua sendo amplamente utilizada pela ciência do Direito para controlar os grupos sociais “perigosos” para a ordem . A questão é: quem tem o poder de decidir quem é perigoso? Por que é perigoso?

Quem tem poder de decidir a periculosidade de uma vida para a ordem é a vontade soberana, já que qualquer um pode ser perigoso para a decisão soberana, por qualquer motivo por ela determinado, todos os seres humanos têm sobre si a possibilidade de que lhes seja decretada a exceção, e como tal reduzidos à condição de homo sacer, sujeitos ao exílio, ao abandono, ao des-terro. Eis aí o surgimento da relação (inclusão-exclusão) de indiferença, de banimento, de abandono .

A vida nua (do ser nascido e exposto ao poder: nascimento X soberania) expulsa da ordem pela exceção da vontade soberana está condenada ao banimento. Ela é uma vida banida e, como consequência, uma vida bandida. A consequência da exceção sobre a vida é o banimento. A vida banida da ordem se torna uma vida bandida. O bando, que também é uma figura jurídica do banimento, se transforma socialmente numa vida banida. Os banidos são bandidos porque foram expulsos da ordem e sobre eles se decretou uma exclusão inclusiva que os tornou vida nua .

Nesta senda, vale a lição de Primo Levi, em sua obra “É isto um homem?”, onde apresenta algumas memórias e reflexões do período que passou no campo de concentração, asseverando que condição humana mais miserável do que aquela não existe, não dá para imaginar.

Nada mais é nosso: tiraram-nos as roupas, os sapatos, até os cabelos, se falarmos, não nos escutarão – e, se nos escutarem, não nos compreenderão. Roubaram também o nosso nome, e, se quisermos mantê-lo, devemos encontrar dentro de nós a força para tanto, para que, além do nome, sobre alguma coisa de nós, do que éramos .

E com isso, os seres humanos são privados de tudo, de dignidade e de discernimento – pois quem perde tudo, muitas vezes perde a si mesmo. E “a experiência no campo de extermínio é igual a chegar ao fundo, onde o acordar é regressar do nada”. No campo não há criminosos e nem loucos. “Não há criminosos porque não existe uma lei moral a ser violada, e não há loucos porque somos programados, cada ação nossa é, neste tempo e neste lugar, claramente a única possível (...)”. Para Primo Levi é estranho, de alguma maneira, sempre se tem a impressão de ter sorte. Seja porque não foi escolhido para a câmara de gás, seja porque choveu, mas não ventou .

No campo de concentração, o intestemunhável tem nome, chama-se “muçulmano” (homens-múmia, mortos-vivos) . Na situação extrema do campo, estava em jogo “continuar sendo ou não um ser humano”, o muçulmano marcava, de algum modo, o instável umbral em que o homem passava a não ser não-homem, e o diagnóstico clínico passava a ser a análise antropológica .

E o que se chama estado de exceção, para os juristas, é uma situação extrema ou situação limite para filósofos e teólogos. O campo de concentração é exatamente o lugar em que o estado de exceção coincide de maneira perfeita, com a regra, e a situação extrema converte-se no próprio paradigma do cotidiano.

O que está em jogo na “situação extrema” é, portanto, “continuar sendo ou não um ser humano”, tornar-se ou não um muçulmano. Tratava-se de conseguir conservar a dignidade e respeito em si – mesmo que, no campo, este e aquela não podiam traduzir-se sempre em ações correspondentes.

O muçulmano é alguém que abriu mão da margem irrenunciável de liberdade e que, conseqüentemente, extraviou qualquer traço de vida afetiva e humanidade. Em Auschwitz, o Muselman era representado pelo prisioneiro sem esperança e abandonado pelos demais companheiros, uma espécie de cadáver ambulante, oco, um invólucro, um número .

O que significa continuar sendo homem? O sofrimento é levado à potência mais extrema, pois já não se possui, porém, nada

de humano. A potência humana confina com o inumano, o homem suporta também o não-homem.

A respeito da degradação da morte no nosso tempo, Foucault, propôs uma explicação em termos políticos, vinculando-a à transformação do poder na idade moderna. Segundo Foucault, o poder é definido essencialmente como direito de vida e de morte (“fazer morrer e deixar viver”). O antigo direito de ‘fazer morrer e deixar viver’ dá lugar a uma figura inversa, que define a biopolítica moderna e que se expressa na fórmula ‘fazer viver e deixar morrer’.

No continuum biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo biológico de que o poder se incumbiu uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros.

Cidadãos de ascendência ariana versus cidadãos de ascendência não-ariana. Dessa forma, o não ariano tramuta-se em judeu, o judeu em deportado, o deportado em internado, até, alcançar o limite último. O limite é o muçulmano.

Compreende-se então a função decisiva dos campos no sistema da biopolítica nazista. Eles não são apenas o lugar da morte e do extermínio, mas também, e antes de qualquer outra coisa, o lugar de produção do muçulmano, da última substância biopolítica isolável no continuum biológico. Para, além disso, há somente a câmara de gás.

A polêmica tese sustentada por Agamben é a de que a justificação para a irracionalidade dos campos de concentração nazistas repousaria em uma busca de comprovação da inumanidade dos que para lá foram encaminhados, pelo modo como eram destratados os que não foram de pronto exterminado, contrário a qualquer racionalidade, como a de que se prestaria a atender uma finalidade econômica, ao serem sujeitados a trabalhar para o esforço de guerra ou para empresas.

O tratamento desumano atingiria seu objetivo quando suas vítimas, não mais podendo suportá-lo, psiquicamente, ingressaram

em um estado catatônico, sem buscar contato com os demais detentos, falando apenas, quando o faziam, sobre como satisfazer a necessidade de comida, ficando, enfim, indiferentes a tudo e a todos, ao mesmo tempo em que definhavam organicamente até a morte. E a experiência é a de que nos campos de concentração se apresenta uma devastadora ausência de normas, tanto rígida, quanto aleatória.

Primo Levi, imprime a ideia do testemunho e deixa muito claro como há na experiência dos campos de concentração um completo esvaziamento da própria condição humana, melhor dizendo, da dignidade humana. O muçulmano marcava o momento em que o homem passava a ser não homem razão pela qual este ambiente extremo entre vida e a morte, o humano e o inumano tem um forte sentido político, a saber, a de que o muçulmano encarna o significado antropológico do poder absoluto de forma radical . Muçulmano é o que viu Górgona, ou seja, é um petrificado de horror .

E a vida humana é a vida revestida de sentido, capaz de tornar suportável a consciência que tem os humanos de poder não ter sido a qualquer momento, de poder não mais ser ou ser acometido por uma ameaça ao ser, finito, contingente. E esses sentidos de vida foram adquiridos ao ter a história pessoal inserida em uma história comum a outros, que os antecede e irá, também, os suceder. Relatos, narrativas, memórias – assim como também as comemorações – se prestam para manter esses vetores de sentido comum, de comum-idade .

A desumanização é o que ocorre quando não se tem mais esses vínculos. Há de se recordar, assim, a origem violenta de toda proibição, tanto sagrada, como jurídica, que garante a vida em sociedade, sustentada pelo enfrentamento da morte.

O incremento da violência na sociedade ‘pós-moderna’ não poderá ser contido pelo reforço da proibição jurídica, mas antes por uma consideração das consequências psicológicas e sociais da secularização defendida pela ideologia oficial, onde se verifica uma

re-sacralização crescente das relações fora das instituições religiosas, ou seja, em seitas ou tribos.

2. O NASCIMENTO DA BIOPOLÍTICA E A IMPLICAÇÃO DO DIREITO NAS FORMAS DE VIDA: UM BREVE EXCURSO EM MICHEL FOUCAULT

Neste perpassar evolutivo - comunidade-civilização-Estado – percebe-se uma conseqüente interiorização e espiritualização da crueldade, como se não bastasse, com total apoio das categorias jurídicas, tanto de Direito Público (em especial, de Direito Penal), como do Privado . E essa crueldade-desumanização decorre, sobretudo, do exponencial esquecimento do sagrado, da secularização, da substituição da antiga “vida em comunidade” pela “vida em sociedade”, atomizada, composta de sujeitos individualizados, tidos como autônomos e independentes, sem nada mais a dizer-dar um ao outro, que não seja pautado pela realização de interesses pessoais .

Ademais disso, exsurge um “problema” decorrente da vida em sociedade e da manutenção da vida biológica, qual seja, a necessidade de justificar o poder político governamental. E o “sentido da vida”, passa a ser defender a vida de “ameaças” oriundas da concentração populacional (da vida em sociedade), tais como: doenças, catástrofes naturais, criminalidade, controle de natalidade etc .

Fala-se então, no nascimento da biopolítica , que refere-se à maneira pela qual se tentou, desde o início do século XVIII, racionalizar os problemas propostos à prática governamental, pelos fenômenos próprios a um conjunto de seres vivos constituídos em população .

Assim, num sistema preocupado com o respeito aos sujeitos de direitos e à liberdade de iniciativa, questiona-se: como o fenômeno “população”, com todos os seus efeitos e problemas específicos, pode ser levado em conta? Como gerí-los? Como e quanto governar, sem restringir a liberdade dos homens?

E para tratar do assunto, Foucault inicia sua obra apresentando seu método, asseverando que irá analisar a “arte de governar” de modo inverso ao historicismo, baseando-se – depois de conhecer “a” e “sobre” prática de governo - na maneira pensada de governar o melhor possível, sem tomar a história como parâmetro, mas levando em conta a prática do governo em si (“consciência de si”), o estudo da racionalização da prática no exercício da soberania política. Assim, ressalva o autor que não pretende interrogar os universais utilizando como método crítico a história, mas partir da decisão da inexistência os universais para indagar que história se pode fazer .

“A arte de governar deve então estabelecer suas regras e racionalizar suas maneiras de fazer propondo-se como objetivo, de certo modo, fazer o dever-ser do Estado tornar-se ser. O dever-fazer do governo deve se identificar como o dever-ser do Estado” . E esse governar, consiste na colocação em prática, no efetivo exercício da soberania, do poder soberano. Ora, se o poder é do povo, que o “delega” ao Estado, espera-se que este o exerça da melhor maneira possível, buscando sempre o bem comum.

Neste ponto, a lei (o Direito), é a exteriorização da vontade geral, produzida, entretanto, pelo Estado. Por isso, Foucault faz uma análise da lei sob duas vias: a via axiomática revolucionária, em que a lei é a expressão de uma vontade (vontade-lei), e é concebida por esta, portanto, como exteriorização de uma vontade coletiva que manifesta a parte do Direito que os indivíduos aceitaram ceder e a parte que eles querem reservar ; já numa via radical utilitarista, a lei será concebida como efeito de uma transação que vai colocar, de um lado, a esfera de intervenção do poder público e, de outro, a esfera de independência dos indivíduos . E é justamente neste momento que se constata a implicação do Direito nas formas de vida , pois a maior ou a menor intervenção do poder público que influi diretamente na esfera de independência dos indivíduos, se manifesta de acordo com a previsão legal, que por sua vez é construída de acordo com o modo de governo adotado.

Assim, ante a necessidade de um governo para “racionalizar” e manter o “equilíbrio”, que respeite, todavia, a “esfera de independência” dos governados, nasce o Liberalismo como modelo de governo que garante/respeita a liberdade dos indivíduos, na medida em que a “liberdade” está no cerne da questão prática. Entretanto, há duas noções distintas de liberdade, e que fundamentam dois modelos de governo, quais sejam: o que busca assegurar o efetivo gozo dos direitos humanos e o que pretende garantir a independência dos governados. Esses dois caminhos, que se misturam, para constituir, em Direito, a regulação do poder público, faz emergir duas concepções de lei, duas concepções de liberdade, enfim, é essa ambiguidade que caracteriza o liberalismo europeu dos séculos XIX e XX .

Ocorre que, não é o “seja livre” que o liberalismo formula. O liberalismo formula simplesmente o seguinte: “vou produzir o necessário para tornar você livre. Vou fazer de tal modo que você tenha a liberdade de ser livre. É a gestão, a organização das condições graças às quais podemos ser livres”. Para Foucault, portanto, o liberalismo não é o que aceita a liberdade, é o que se propõe a fabricá-la, a cada instante, suscitá-la e produzi-la .

Sendo assim, espera-se que o liberalismo trará a liberdade e a segurança. É essa a economia de poder, própria do liberalismo. Ele nos insere num mecanismo em que terá, a cada instante, que arbitrar a liberdade e a segurança dos indivíduos em torno da noção de perigo. No fundo, se de um lado o liberalismo é uma arte de governar que manipula fundamentalmente os interesses, ele não pode – e é esse o reverso da medalha -, manipular os interesses sem ser, simultaneamente, gestor dos perigos e dos mecanismos de segurança/liberdade, do jogo segurança/liberdade, que deve garantir que os indivíduos ou a coletividade fiquem o menos possível expostos ao perigo .

Por isso a afirmação de que “o lema do liberalismo é viver perigosamente”, e é o estímulo do perigo uma das suas principais implicações. Toda uma educação do perigo, toda uma cultura do perigo, aparece de fato, no século XIX, que é bem diferente

daqueles grandes sonhos ou daquelas grandes ameaças do apocalipse, da peste, da morte, da guerra, de que se nutria a imaginação política da idade Média. Produz-se, então a emergência, a invasão dos perigos cotidianos, animados, atualizados, postos em circulação, é essa a política do perigo do século XIX, embrião das campanhas de higiene, de doença, de sexualidade, do medo da degeneração: degeneração da família, da raça, da espécie humana. O incentivo ao medo do perigo é de certo modo a condição, o correlato psicológico e cultural interno do liberalismo. Não há liberalismo sem cultura do perigo .

E o liberalismo, enquanto arte de governar, virá do procedimento de controle, de pressão e de coerção, como uma contrapartida e um contrapeso das liberdades, “fornecendo” a liberdade . Em última análise, o que se pretende é mostrar como o par “série de práticas/regime de verdade” forma um dispositivo de saber-poder, que marca efetivamente no real o que não existe e submete-o legitimamente à demarcação do verdadeiro e do falso, “fornecendo e gerindo a liberdade” em sua exata medida, a exemplo do panoptismo que, para Bentham, “é uma fórmula política geral que caracteriza um tipo de governo” . Ocorre que, o Estado não é, em si, uma fonte autônoma de poder .

Além da conjunção entre a disciplina e o liberalismo (panoptismo), outra consequência é o surgimento de mecanismos que têm por função produzir, insuflar, ampliar as liberdades, introduzir um “a mais” de liberdade por meio de um “a mais” de controle e intervenção (eis o paradoxo). E aqui, o controle não é apenas o “contrapeso” (como no panoptismo), mas o seu princípio motor, produtor de liberdade de trabalho, de liberdade de consumo, de liberdade política etc. A que preço? Ao preço, precisamente, de toda uma série de intervenções, intervenções artificiais, intervenções voluntaristas, intervenções econômicas diretas de mercado, todas medidas fundamentais do Welfare State, e que serão, a partir de 1946, caracterizadas como sendo em si mesmas ameaças de um novo despotismo .

Chega-se então à conclusão de que essa arte liberal de governar passa a ser vítima, por si mesma, de uma “crise de governamentalidade”, que decorre de fatores como o aumento do custo econômico do exercício das liberdades e expansão legiferante em relação ao mercado, como um excesso de intervencionismo, de imposições e de coerção. Há, enfim e sobretudo, processos de saturação que fazem que os mecanismos produtores da liberdade (convocados para assegurar e fabricar essa liberdade) produzam na verdade, efeitos destrutivos que prevalecem até mesmo sobre o que produzem. É um equívoco de todos esses dispositivos “liberógenos” que produzem, em verdade, o inverso.

E é essa a crise atual do liberalismo, que através desse conjunto de mecanismos, desde os anos 1925-1930, tentou propor fórmulas econômicas e políticas que garantissem os Estados contra o comunismo, o socialismo, o nacional-socialismo, o fascismo, esses mecanismos garantidores de liberdade (liberógenos), instalados para produzir esse “a mais” de liberdade ou para reagir às ameaças que pesavam sobre essa liberdade, foram todos da ordem da intervenção econômica. Assim, tanto os liberais alemães da Escola de Friburgo (1927), quanto os liberais americanos (ditos libertarianos), da Escola de Chicago, ancoraram-se nesse problema do liberalismo, e com o intuito de evitar esse “a menos” de liberdade, que se acarretaria pela passagem ao socialismo, ao fascismo, ao nacional-socialismo, instalaram-se mecanismos de intervenção econômica.

Daí a indagação: Não são esses mecanismos de intervenção econômica que introduzem sub-repticiamente tipos de intervenção? Ou ainda, modos de ação que são, eles próprios, pelo menos tão comprometedores para a liberdade quanto essas formas políticas visíveis e manifestas que se quer evitar? Nota-se, portanto, que essas intervenções keynesianas centralizam o debate em torno da política econômica intervencionista elaborada entre 1930-1960 (imediatamente antes e imediatamente depois da guerra), intervenções essas que levaram a “crise” do liberalismo, e que se manifesta em certo número de reavaliações, reestimações, novos

projetos na arte de governar, formulados na Alemanha , antes e depois da guerra, e posteriormente nos Estados Unidos .

A crítica feita em nome do liberalismo econômico insiste no perigo que representaria a inevitável sequencia: intervencionismo econômico, inflação dos aparelhos governamentais, superadministração, burocracia, enrijecimento de todos os mecanismos de poder, ao mesmo tempo que se produziram novas distorções econômicas, indutoras de novas intervenções. Mas o que chamou a atenção no neoliberalismo americano foi um movimento totalmente oposto ao que encontramos na economia social de mercado da Alemanha: enquanto esta considera que a regulação dos preços pelo mercado – único fundamento de uma economia racional – é, de per si, tão frágil que precisa ser sustentada, arranjada, “ordenada” por uma política interna e vigilante de intervenções sociais (que implicam auxílio aos desempregados, cobertura das necessidades de saúde, política habitacional, etc.), o neoliberalismo americano procura, em vez disso, ampliar a racionalidade do mercado, os esquemas de análise que ela propõe e os critérios de decisão que sugere a campos não exclusivamente econômicos, tais como a família e a natalidade; a delinquência e a política penal .

O problema, para Foucault, é teorizar o Estado deduzindo todo esse conjunto de práticas do que seria a essência do Estado em si mesmo e por si mesmo, sem procurar deduzir, a partir do que é o Estado como uma espécie de universal político e, por extensão, o que pode ter sido o estatuto dos loucos, dos doentes, das crianças, dos delinquentes etc, numa sociedade como a nossa. É preciso renunciar a tal análise, primeiro, simplesmente porque a história não é uma ciência dedutiva, segundo, porque o Estado não tem essência, não é um universal, não é uma fonte autônoma de poder . Dito de outra maneira, o que se deveria verificar, é a maneira como os problemas específicos da vida e da população foram postos no interior de uma tecnologia de governo que, sem ter sempre sido liberal, longe disso, não parou de ser açoitada desde o

fim do século XVIII pela questão do liberalismo. Daí falar-se em biopolítica enquanto política da vida .

O Estado nada mais é que o efeito, o perfil, o recorte móvel de uma perpétua estatização, ou de perpétuas estatizações, de transações incessantes que modificam, que deslocam, que subvertem, que fazem deslizar insidiosamente, pouco importa, as fontes de financiamento, as modalidades de investimento, os centros de decisão, as formas e os tipos de controle, as relações entre as autoridades locais, a autoridade central etc. O Estado não é nada mais que o efeito móvel de um regime de governamentalidades múltiplas .

Resta demonstrado, como já foi dito, que a arte de governar é composta por uma “série de práticas” e um “regime de verdade”, que forma um dispositivo de saber-poder que marca efetivamente no real o que não existe e submete-o legitimamente à demarcação do verdadeiro e do falso . Eis o “jogo da legitimação jurídica”, em que o Direito é o instrumento que atesta a política governamental, validando as intervenções estatais, a racionalização dos direitos humanos, enfim, a gestão da liberdade seja ela qual for.

O próprio poder não faz mais que designar um termo de relações que tem de ser analisado por inteiro, é o que Foucault propôs chamar de governamentalidade, isto é, a maneira como se conduz a conduta dos homens, não é mais que uma proposta de grade de análise para essas relações de poder .

E não somente o governo não deve criar obstáculo ao interesse de cada um, mas é impossível que o soberano possa ter sobre o mecanismo econômico um ponto de vista que totalize cada um dos elementos e permita combiná-los artificial ou voluntariamente. A mão invisível que combina espontaneamente o interesse, proíbe, ao mesmo tempo, toda forma de intervenção, melhor ainda, toda forma de olhar sobranceiro que permitisse totalizar o processo econômico .

O liberalismo, em sua consistência moderna, começou quando, precisamente, foi formulada essa incompatibilidade essencial entre, por um lado, a multiplicidade não totalizável dos sujeitos de

interesse, dos sujeitos econômicos e, por outro lado, a unidade totalizante do soberano jurídico .

A sociedade civil é um conceito de tecnologia governamental, ou antes, é o correlativo de uma tecnologia de governo cuja medida racional deve indexar-se juridicamente a uma economia entendida como processo de produção e de troca. O homo economicus e a sociedade civil são, portanto dois elementos indissociáveis. O homo economicus é, digamos, o ponto abstrato, ideal e puramente econômico que povoa a realidade densa, plena e complexa da sociedade civil. Ou ainda: a sociedade civil é o conjunto concreto no interior do qual é preciso recolocar esses pontos ideais que são os homens econômicos, para poder administrá-los convenientemente. Logo, ambos fazem parte do mesmo conjunto, o conjunto da tecnologia da governamentalidade liberal .

A sociedade civil é como a loucura, é como a sexualidade. É o que Foucault define como “realidades de transação”, ou seja, é precisamente no jogo das relações de poder e do que sem cessar lhes escapa, é daí que nascem, de certo modo, na interface dos governantes e dos governados, essas figuras transacionais e transitórias que, mesmo não tendo existido desde sempre, nem por isso são menos reais e que podemos chamar, neste caso, de sociedade civil, em outros de loucura, etc.

Sociedade civil, portanto, como elemento de realidade transacional que parece plenamente correlativa dessa forma de tecnologia governamental chamada de liberalismo, isto é, uma tecnologia de governo que tem por objetivo sua própria autolimitação, na medida em que é indexada à especificidade dos processos econômicos . A sociedade civil é uma matriz permanente de poder político. Uns vão dar sua opinião. Outros vão dar ordens. Uns vão refletir, outros vão obedecer. Ela é o motor da história .

Neste passo, indaga-se: o que é a política, finalmente, senão ao mesmo tempo o jogo dessas diferentes artes de governar com seus diferentes indexadores e o debate que essas diferentes artes de governar suscitam? Aí, nasce a política, para Foucault .

E ante o problema do Estado em oposição à sociedade civil, a política governamental, que surge na primeira metade do século XIX, como solução, é o liberalismo, que segundo Foucault, deve ser analisado como “princípio e método de racionalização do exercício do governo – racionalização que obedece, e é essa a sua especificidade, à regra interna da economia máxima”.

O liberalismo é atravessado pelo princípio: “sempre se governa demais”. E não é ele uma utopia não realizada. Sem dúvida, tanto quanto de uma reflexão jurídica, o liberalismo tampouco deriva de uma análise econômica. Não foi a idéia de uma sociedade política fundada num vínculo contratual que lhe deu origem. Mas na busca de uma tecnologia liberal de governo, veio à luz que a regulação pela forma jurídica constituía um instrumento muito mais eficaz do que a soberania ou a moderação dos governantes .

Daí porque abordar a legitimação pelo Direito das práticas governamentais como um “jogo de legitimação jurídica” que tem, por consequência, e por razões óbvias, “implicações fundamentais nas formas de vida”, uma vez que a vida nua do sujeito soberano, daquele que nasce e se expõe ao poder do Estado, se “a-sujeita” à gestão estatal das liberdades . E é isso que o liberalismo se propõe a fazer: gerir as liberdades. Ocorre que, essa gestão coloca o Estado em oposição à sociedade civil e, ao indivíduo, e é a partir desta oposição que o Estado passa a promover a interiorização e espiritualização da crueldade, da indignidade, e como se não bastasse, com apoio das categorias jurídicas .

O excesso de governamentalidade faz surgir o regime de guerra. Na Alemanha, observa-se o nazismo, um tipo de economia dirigista e planifica, oriunda do período de 1914-18 e da mobilização geral dos recursos e dos homens, foi também o socialismo do Estado .

O resultado disso tudo, é a preocupação do governo em justificar suas intervenções, em especial para essa “manutenção da vida”, sobretudo em seu sentido biológico (zoé), pouco importando se há o efetivo gozo das liberdades (bios), se há vida digna, vida para o sujeito vivenciar, e não apenas “sobre-vida” .

E é daí, da verificação da condição humana, enquanto *zoé e bios* (em Aristóteles: *politikòn zôon*), que Foucault desenvolve a teoria da biopolítica: “por milênios, o homem permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivente e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal em cuja política está em questão a sua vida de ser vivente” . Para Aristóteles, o ser humano não ingressa na polis somente para viver, e sim para “a vida boa”, para bem viver, e a finalidade última da existência política é a *euméria*, o belo dia. A polis, portanto é uma criação racional do ser humano com a única finalidade de proporcionar o bem viver, o bem-estar social. O “belo dia”, porém, jamais se realizou e o motivo do fracasso, segundo Agamben, é a natureza do poder soberano.

Disso decorre que todo governo é capaz de uma ação de tal ordem que inclua um elemento ditatorial em sua constituição, ou seja, a possibilidade de instaurar todos os tipos de violência a serviço do próprio Direito . E então, o poder soberano é aquele que decide pelo Estado de exceção, onde a vida se torna vida nua. “O que a ‘arca’ do poder contém em seu centro é o estado de exceção – mas este é um espaço essencialmente vazio, onde uma ação humana sem relação com o Direito está diante de uma norma sem relação com a vida” .

No atual contexto de globalização, isto é, o atual mundo regido por uma única ordem econômica, política, policial e militar, num mundo sem fronteiras, surgem figuras novas que acabam ficando à margem do Direito e da sociedade, reatualizando os campos de concentração da Alemanha Nazista. Existem hoje inúmeros campos de refugiados, “campos de concentração” onde estão suspeitos de terrorismo. Há uma soberania mundial que atua suspendendo uma ordem jurídica internacional, criando não sujeitos, extirpados de sua cidadania. O Estado de Exceção se apresenta como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal .

E o significado biopolítico do Estado de exceção, é que ele pode “suspender” os direitos dos cidadãos, produzindo um ser

inominável e inclassificável, um não sujeito, um inimigo, um bandido, exogrupo, um homo sacer. E tal transformação da vida humana em objeto do poder soberano a reduz à condição de vida puramente biológica, pronta para ser manipulada pelos dispositivos ordenadores do poder (vida nua). Assim, as estruturas do biopoder mostram como a vida nua vai, progressivamente, coincidindo com o atual espaço político, como por exemplo, nas políticas de castração dos direitos humanos, em que os sujeitos são jogados em situação de não-sujeitos, em zonas de anomia.

3. SOBRE DIREITOS HUMANOS NA ERA DA BIOPOLÍTICA: OS LIMITES AO JOGO DA LEGITIMAÇÃO JURÍDICA

Não se pode olvidar da existência de um Direito Natural, que é objeto de profunda reflexão desde a Antiguidade clássica, e que, a partir do século XVII, se materializa no desenvolvimento da teoria jusnaturalista dos direitos do homem, cujo fundamento reside justamente na natureza humana, racional e afetiva, de modo que os deveres impostos pelas “leis não escritas” assumiram, a partir de então, a forma histórica dos direitos humanos.

Eis a existência, desde os primórdios de nossa civilização, da aguda consciência de leis não escritas, iniludíveis, das quais não se pode dizer quando nem onde surgiram, mas que são cogentes como princípios objetivos, transcendendo fronteiras e limitações tanto espaciais quanto temporais e cuja interpretação ensejou a positivação nas modernas constituições dos Estados democráticos em nosso constitucionalismo moderno.

No século XVIII, com a superação do *ancien régime* e o desencadeamento do período da Ilustração, a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, que em seu art. 3.º assinalou:

O governo é, ou deverá ser, instituído para o benefício comum, a proteção do povo, da nação, ou da comunidade; de todas as várias formas e modos de governo a melhor é aquela que é capaz de produzir o maior grau de felicidade e segurança, e que se encontra mais efetivamente garantida contra o perigo da má-administração; e que onde quer que qualquer governo

seja considerado inadequado ou contrário a esses propósitos, a maioria da comunidade tem um indubitável, inalienável, e irrevogável direito de o reformar, alterar, ou abolir, do modo que seja considerado melhor conducente ao bem-estar público. (grifou-se)

Na mesma linha, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, diretamente emanada da mesma atmosfera espiritual que conduziu à Revolução Francesa e ao republicanismo contemporâneo, dispõe que “objetivo de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.” (grifou-se)

Esse mesmo diapasão é ratificado pelo documento que constitui talvez a expressão mais radical do entendimento moderno de política e soberania: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição Francesa de 24 de junho de 1793, cujos artigos primeiro e segundo dispõem: “O objetivo da sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o usufruto dos seus direitos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a igualdade, a liberdade, a segurança, a propriedade”. (grifou-se)

Percebe-se, pois, que, “desde o surgimento do moderno Estado Democrático de Direito, “o fundamento e a justificação teórica da autoridade política não se encontram mais na vontade de Deus, nos costumes herdados pela tradição, nem mesmo na história, mas solidamente plantados na natureza humana”. Dela brotam direitos fundamentais e inalienáveis, direitos legitimamente atribuíveis a todo homem em função de sua humanidade, prerrogativas éticas e jurídicas universais, cuja validade se sobrepõe aos ordenamentos jurídico-políticos empíricos, que, com efeito, teriam a função precípua justamente de assegurá-los e torná-los efetivos .

Tendo em vista a incansável busca por um Estado ideal, promotor de significativas alterações no seio social, pode-se falar, cronologicamente, em três gerações representativas desse processo evolutivo dos direitos do homem. Que correspondem,

paralelamente, a um processo evolutivo na composição estrutural do Estado de Direito . Assim, no Estado Liberal de Direito, são principalmente garantidos os direitos civis e políticos, onde residem as liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira dimensão), alcançados com o intuito de libertar os indivíduos do absolutismo estatal , cuja titularidade centra-se na pessoa moral . Nesse passo, exige-se do ente dominante uma prestação negativa, uma abstenção estatal em respeito ao surgimento dos direitos civis e políticos dos cidadãos .

Revolução Francesa e a conseqüente criação do Estado moderno, alimenta-se, com as ideias iluministas, os ideais de liberdade, cunhados inicialmente nos aspectos econômicos - consagrados na expressão *laissez-faire, laissez-passer* - irradiam seus efeitos para outras dimensões da vida humana , quando se passa a renunciar ao absolutismo em favor da liberdade. Após a construção liberal, novas necessidades brotaram no seio social, dando ensejo à busca por uma igualdade, não à meramente formal, mas a substancial, capaz de mitigar as discrepâncias resultantes do liberalismo do Estado de distância, nascendo então a concepção de Estado social de Direito, onde objetiva-se resguardar, também, os direitos sociais, culturais e econômicos, uma vez que a desigualdade social que resultou do movimento libertador passou a desconfortar a harmonia e a paz social , e o homem seria sido como “lobo” dos seus pares, como o grande vilão perante os demais membros da sociedade, também em decorrência da competitividade que ascendeu com a nova concepção de “mercado” .

Emerge então, um modelo de Estado Intervencionista, o “Estado providência”, prestacionista, que atende aos anseios sociais e reduz as desigualdades com mecanismos compensatórios, positivos, com um *facere*. A adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas, “marcando a passagem do plano abstrato do destinatário genérico – “o homem”, o gênero humano – para categorias concretas ou grupos sociais específicos (trabalhador, idoso, mulher,

criança, adolescente, deficiente, consumidor, etc.)” . Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do welfare state no pós-Segunda Guerra Mundial, projetando-se um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público .

Numa terceira geração, surgem os direitos coletivos, de solidariedade ou de titularidade difusa, sendo também o momento histórico em que predomina a tendência à internacionalização dos direitos humanos. Ocorre, então, a positivação, tanto no plano das constituições dos Estados nacionais, quanto principalmente naquele do direito internacional público, da proteção aos direitos que concernem solidariamente à humanidade . Trata-se, pois de uma evolução do Estado Social segue em busca da constitucionalização dos direitos do homem, no sentido de se adotar como núcleo axiológico-legal de todo o Direito . Fala-se então, em nível normativo, em um Estado constitucional de Direito, em que se manifestam os direitos fundamentais de terceira dimensão, tais como a qualidade de vida, o meio ambiente, a liberdade de informática, a biotecnologia, a paz, a assistência e a organização familiar, entre outros metaindividuais , todos “ameaçados pelas consequências indesejáveis do extraordinário progresso e da extensão planetária da tecno-ciência, sobre cuja dinâmica se assenta a configuração atual da sociedade, tanto no âmbito da produção e circulação de bens, como naquele do consumo e lazer” .

Almeja-se, outrossim, contrabalancear os excessos de permissividade do liberalismo face ao totalitarismo interventivo do Estado Social, dando ensejo aos direitos de solidariedade, de fraternidade, resultando-se, desta forma, no Estado Constitucional de Direito, ou ainda, mais precisamente, Estado Social e Democrático de Direito, que representa uma concepção sintética fruto da união dos princípios próprios do Estado Liberal e do Estado Social, pressupondo uma superação dos componentes básicos de ambos, enquanto isoladamente considerados, o que

permite acrescentar a terceira característica da forma constitucional: a democracia .

Destaca-se, a partir da presente análise, uma tendência progressiva de implementação dos direitos humanos através de uma internacionalização progressiva de tutela jurisdicional, que perpassa, inicialmente, pela ótica da titularidade subjetiva destes, partindo de uma especificação inicial abstrata, do “homem” como “cidadão” (1.^a geração), passando pelos sociais conferidos a determinadas categorias - por determinações ligadas aos gêneros (diferença entre homem e mulher), às etapas da vida (idosos, crianças, adolescentes), a estados e condições da vida humana (doentes mentais, deficientes físicos) (2.^a geração), para de novo retornar, na forma dos direitos de solidariedade, a uma titularidade universal, que subtrai a condição de “cidadão” para ser sujeito de direitos (direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente não poluído, ao patrimônio genético da humanidade) (3.^a geração) .

4. CONCLUSÃO

Nos dias atuais, a demanda social de proteção dos bens jurídicos não se vê satisfeita de um modo funcional, mostra-se inevitável a expansão do ordenamento com intuito de se alcançar as novas modalidades de violação à personalidade humana, assegurando o livre desenvolvimento desta e da dignidade do homem, a fim de proporcionar-lhe o livre exercício do direito à vida. Diante disso, os direitos fundamentais, como núcleo essencial a todo ser humano, servem de base jurídico-positiva para uma vida e existência digna, exigindo-se a presença de um mínimo existencial.

Faz-se, portanto, imperioso repensar a multiplicidade empregada no tratamento entre o homem e o cidadão, uma vez que os Estados nacionais não podem limitar os direitos do homem à sua esfera de poder discricionário (soberania) e autocrático. A real efetivação dos direitos humanos deve superar a “necessidade” de uma fundamentação e receber, isso sim, uma tutela internacional, perpassando por uma cidadania fundada no Direito

Internacional Público, solidificando o essencial e indispensável respeito universal à dignidade da pessoa humana .

Para Marx, essa oposição “homem ‘E’ cidadão” presentes nos textos das declarações de direito das constituições francesa e norte-americana decorrem da pretensão burguesa à emancipação que encerra uma contradição que se expressa, em termos políticos, entre os direitos do homem (considerado em seu estado natural de indivíduo privado e egoísta) e de cidadão (agora considerado do ponto de vista de sua pertença a uma comunidade política baseada no reconhecimento de direitos civis). Contudo, a esfera do Estado não é mais do que a instância de organização jurídico-política, que assegura e perpetua a diferença e a dominação de classes, a exploração e os interesses econômicos da burguesia, detentora do poder político. Nessas condições, os direitos do homem, contrapostos aos do cidadão, fariam parte do dispositivo jurídico que, ao mesmo tempo, legitima e acoberta as relações de dominação sob a capa da igualdade formal de todos perante a lei universal .

As previsões de Marx foram precisas, de modo que, já no início do século XX, o mundo, em especial, a Europa, vivenciou os lastimáveis acontecimentos que deram ensejo à multiplicação das minorias, de etnias diversas que foram sendo submetidas a regramentos especiais (ONU) em decorrência do crescente processo de desintegração nacional. E diante da incapacidade dos Estados nacionais “proteger” os indivíduos sem cidadania, restou evidente o hiato entre o homem e o cidadão, já que a cidadania seria uma *conditio sine qua non* da tutela estatal, e por consequência, da fruição e gozo de direitos . Daí o questionamento acerca da condição humana não ser suficiente, bem como a proposta de uma releitura da Antígona.

Nesse passo, para Hannah Arendt, a concepção jusnaturalista dos direitos humanos, que teria como única condição-fundamento a *humnitas*, é ineficaz, na medida que, conforme demonstrado, os direitos humanos pressupõem a cidadania política como um fato

fundamental, como um verdadeiro pressuposto de efetividade dos direitos do homem .

Para o autor Agamben, o princípio de toda soberania reside na nação, e este vínculo nação-soberania legitima a autoridade política, numa transição que se estabelece pela mediação nascimento/nacionalidade. Os princípios da natividade e da soberania unem-se no Estado-nação, cujo fundamento é o “homem” (sujeito político livre e consciente), que nasce (vida nua) e é investido como tal pelo princípio da soberania. E a este homem-fundamento do Estado-nação são atribuídos direitos, logo ele é cidadão. Por isso dizer que as declarações de direitos devem ser entendidas como instrumento de re-significação da vida no Estado-nação (de vida nua para a vida do sujeito soberano, como investimento jurídico político da vida no arcabouço institucional do Estado) .

Agamben continua seu pensamento, onde, seria necessário reler a teoria contratualista como o fundamento da legitimidade do poder político. Em verdade, o relacionamento jurídico-político originário é o bando, que mantém unidos justamente a vida nua e o poder soberano . O bando é essencialmente o poder de remeter algo a si mesmo. E o que foi posto em bando é remetido à própria separação e, juntamente, entregue à mercê de quem o abandona, ao mesmo tempo excluído e incluso, dispensado e, simultaneamente, capturado. Nesse passo, ressalta Agamben que as declarações de direitos integram o dispositivo de abandono, realizando a inclusão da vida nos cálculos e estratégias do moderno poder soberano, de sua gestão e aproveitamento econômico nos quadros da racionalidade instrumental capitalista .

E essa racionalidade, enquanto bio-poder, inclui a vida biológica, tanto ao nível individual dos corpos adestrados, quanto ao nível genérico das populações, que devem ser calculados em termos previdenciários e de assistência social. Por aí dizer que, com a bio-política, a antiga soberania do monarca (poder de fazer morrer e deixar viver) se converte num poder de fazer viver e deixar morrer . Não se trata de contrapor, de modo ingênuo, o

direito de soberania contra o biodireito das disciplinas e da regulamentação previdenciária. Trata-se antes de superar essa oposição pelo reconhecimento da função bio-política do próprio direito de soberania (formal, liberal e burguês) .

Daí a falar-se em um “novo Direito”, não contaminado pelo princípio da soberania, ao mesmo tempo antidisciplinar e não previdenciário – um Direito não estatal, amparado numa insólita cidadania internacional fundada nos abusos do poder na condição infeliz das vítimas desse abuso, quaisquer que sejam .

Ademais disso, para uma crítica atual dos direitos humanos, seria indispensável levar em conta a figura mais dramática e vulnerável assumida hoje pelo homo sacer: o refugiado, no qual reconhecemos o bandido de nossos tempos. O incluído por exclusão, dispensado e capturado. E é justamente sobre ele que recai a excepcionalidade da resposta estatal, pois ele é excluído e para ele há um tratamento excepcional, um não Direito. Daí a crítica de Agamben, ao asseverar que o Direito não pode tolerar a violência fora do Direito (a exceção), pois se assim o for, a conduta que se pretende evitar, prevenir e punir, estará sendo reproduzida pelo Estado na situação da excepcionalidade . Não se quer aqui que o Direito e a força sejam compreendidos como absolutamente antagônicos, mas que a força seja organizada pelo Direito. Por conseguinte, pode-se dizer que o Direito faz do uso da força um monopólio da comunidade. E, precisamente por fazê-lo, o Direito pacifica a comunidade .

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio, Homo Sacer I: poder soberano e vida nua. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). São Paulo: Boitempo, 2008.

ANTELO, Raul. Lindes, limites, limiares. v. 1. Boletim de Pesquisa Nelic, 2008.

- ARENDDT, Hannah. A condição humana. Trad. Roberto Raposo. 11 ed. Rio de Janeiro: GEN-Forense Universitária, 2010.
- _____. O Declínio do Estado Nação e o Fim dos Direitos do Homem. In: *Origens do Totalitarismo – Anti-Semitismo, Imperialismo e Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARISTÓTELES. Política. Lisboa: Vega, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas, Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Editora Pilares, 2013.
- BENJAMIN, W. O capitalismo como religião. Trad. Nelio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2009.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. Direito Constitucional. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CATTANEO, Mario Alessandro. Pena, diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale, Torino, 1990.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999
- _____. História da sexualidade I: a vontade de saber. São Paulo: Graal, 2005.
- _____. Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. São Paulo: Penguin e Companhia das Letras, 1998.

GARBELLINI CARNIO, Henrique. Notas sobre o pensamento antropológico jurídico de Rudolf von Jhering. In: Alvaro de Azevedo Gonzaga e Antonio Baptista Gonzaga (org.), (Re)pensando o direito: estudos em homenagem ao prof. Cláudio de Cicco. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 125-132).

_____. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria política do direito: a expansão política do direito. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GARCÍA PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado Contemporáneo. Madrid: Alianza Universidad, 1982.

GIACOA JUNIOR, Oswaldo. “Aula inaugural. Sobre direitos humanos na era da bio-política”. In: KRITERION. Belo Horizonte, n. 118. Dez/2008.

GIL GIL, Alicia. La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto “Organización Terrorista”. ADPCP, vol. LXVII, 2014.

HABERMAS, Jürgen. O Futuro da Natureza Humana. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Petrópolis: Vozes, 2006.

HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

JUNGES, Fábio César; RIGO, José Rogério. Biopolítica: reflexões a partir de Giorgio Agamben. (In) Anais do Congresso Internacional das Faculdades EST. São Leopoldo: EST, v. 1, 2012, p.1154-1161. Disponível em: file:///C:/Users/gerso/Downloads/28-770-1-PB.pdf. Acesso em 20 abril 2017.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Teoria Pura do Direito. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LEVI, Primo. É isto um homem? Trad. De Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARX, Karl. A Questão Judaica. 2. Ed. São Paulo: Moraes, 1991.

MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Barcelona: Ariel, 1994

MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La tercera generación de derechos humanos. Madrid: Tecnos, 1990.

_____. Teoría del Derecho: una concepción de la experiencia jurídica. 5 ed. Madrid: Tecnos, 2006.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. São Paulo, RT, 1996.

_____. Princípios da dignidade da pessoa e humanidade das penas na Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos>. Acesso em: 17 abril, 2017.

_____. Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral: volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Fortaleza: IBDC – Celso Bastos, 1999.

_____. Questões de Direito Público. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato Social. Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A exceção jurídica na biopolítica moderna. Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4044&secao=371. Acesso em: 18 abril, 2017.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Fortaleza: IBDC – Celso Bastos, 1999.

SÉNECA. El igualitarismo estoico, Séneca y la dignidad de los esclavos. Disponível em: <http://www.cedt.org/seneca.htm>. Acesso em: 17 abril, 2017.

SMITH, Adam. Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações. Trad. de Armandina Henriques Puga e Marília Alves Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, v. 1.

WELZEL, Hans. Introducción a la filosofía del Derecho: derecho natural y justicia material. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1971.

A QUERELA NULLITATIS INSANABILIS SOB UMA PERSPECTIVA CONCRETA

Eduardo Melo de Mesquista

INTRODUÇÃO

O objeto deste estudo é enfrentar situação recorrente no Judiciário, mas, em especial, na Justiça laboral, na qual o cotidiano forense nos permitiu constatar inúmeras decisões eivadas de vícios insanáveis e, por diversas razões, estabilizadas e cumpridas, com todas as consequências danosas.

Situações nas quais a parte sucumbente na ação, após quatro anos do trânsito em julgado, deduziu ação anulatória objetivando nulificar atos processuais, mais especificamente a arrematação de imóvel que já havia sido vendido a terceiro adquirente. No primeiro grau, a ação anulatória não fora conhecida em razão da decadência, com recurso ordinário para o tribunal que, rejeitando a decadência acolhida em primeiro grau, deixou de citar os litisconsortes necessários, arrematante e adquirente.

A Turma, portanto, decidiu nulificar o processo, desde a penhora, em total desobediência à exigência de citação de arrematante e adquirente que, ao tomarem conhecimento da decisão colegiada em sede de execução daquela decisão anulatória, interpuseram petição para a Turma julgadora que, por seu turno, deixou de conhecer da petição e determinou que o juízo de primeiro grau executasse a decisão anulatória.

Os litisconsortes necessários não fizeram uso da *ação de querela nullitatis insanabilis*, talvez, pela ausência de familiaridade com essa ação impugnativa no ambiente processual trabalhista e, desse modo, uma suposta “certidão de trânsito em julgado”, equivocadamente emitida pela secretaria da Turma e chancelada

por esta, por meio de seus componentes, atropelaram a Lei de Regência e perpetraram atecnia processual que marcou a decisão com a digital da *inexistência*.

Pois bem, a ilustração trazida nesta introdução permite antever o objeto deste despretensioso estudo e buscar mais luzes acerca da *querela nullitatis*, também em outros aspectos, para os quais reputamos não apenas aplicável, mas necessária sua utilização.

No mesmo diapasão, faz-se imperativo refletir acerca da competência originária para dedução dessa ação em qualquer grau de jurisdição e não apenas no primeiro grau, como vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, a nosso ver corretamente para algumas hipóteses, mas, outras há, nas quais a dedução da ação se impõe nos tribunais, no STJ e, até, se for o caso, perante o STF.

1. GARANTIAS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS DA CONSTITUIÇÃO

O patamar no qual se encarta a análise que pretendemos desenvolver transcende os limites infraconstitucionais e alcança garantias fundamentais, que não se confundem com garantias da Constituição, uma vez que a epígrafe “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, constante do Título II, não constitui cápsula hermética das garantias fundamentais, e nem poderia encapsular essas garantias, porque capilarizadas em toda extensão do texto.

A distinção traçada entre os direitos e garantias fundamentais é natural da tradição do direito constitucional luso-brasileiro e a doutrina, ainda hoje, busca inspiração na obra de Ruy Barbosa, para quem, em obra dirigida à Constituição de 1891, é possível distinguir as disposições constitucionais meramente declaratórias, que positivam os direitos e a estes reconhecem existência legal, das de natureza assecuratórias, que protegem os direitos e limitam o poder, ressaltando, ainda, que podem estar contidas no mesmo dispositivo constitucional.

Como afirma Ingo Wolfgang Sarlet, pela afirmação de Ruy, as garantias podem ser consideradas como as formalidades que cercam os direitos com a finalidade de protegê-los contra abusos

do poder. Tal afirmação encontra atualíssima receptividade doutrinária, sob a égide da Constituição de 1988, e as garantias exercem papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servem de instrumentos de efetivação dos direitos por ele protegidos, além de legitimarem ações estatais para defesa dos direitos fundamentais.

A doutrina de Ferrajoli orbita nesse plano de diferenciação entre os direitos fundamentais, como direitos subjetivos, de cunho negativo ou positivo, e as garantias que lhes são correspondentes, enquanto conjunto de obrigações positivas ou negativas, correlativas aos direitos ou garantias primárias, ou mesmo os deveres de aplicar as sanções incidentes em caso de violação dos direitos ou garantias secundárias. Tanto os direitos quanto as garantias fundamentais, em princípio, são categorias com a mesma dignidade jurídico-constitucional.

Importante, com efeito, é consignar que as garantias fundamentais são, em verdade, autênticos direitos subjetivos, porque umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais e, também, por assegurarem aos indivíduos a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação desses, razão pela qual se fala em direitos-garantia, uma vez que tais dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal para proteção de outros direitos, simultaneamente, podem fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas.

2. MODELO CONSTITUCIONAL E SUA COMPREENSÃO

O modelo de Constituição e as relações de vida de nossa quadra histórica nos desafiam a formular soluções adequadas e efetivas aos anseios da sociedade. Daí Zigmunt Bauman afirmar que *no momento, nós estamos em um interregno. Um interregno que significa, simplesmente, que a antiga maneira de agir não funciona mais, e novos modos de agir ainda não foram inventados. Esse é o interregno.*

O saudoso autor e sociólogo, dos mais festejados na atualidade, elabora pensamento quanto à fluidez da vida moderna, ou seja, a “liquidez” dos modos de vida presente, com as comunicações atropelando a solidez que se pretende para estabilizar relações e afastar “conexões”.¹⁶

Nesse diapasão, insere-se a compreensão dos anseios sociais para uma nova forma de ação, ainda sem fórmulas criadas, mas com o foco na maior estabilização de resultados e menor incidência de “Falácia de Nirvana”, uma vez que a gravidade do problema requer solução capaz de resolvê-lo e não simplesmente crer que determinada esfera institucional - o governo ou o legislativo, seja hábil para resolver todas as complexas relações de vida em sociedade.

Os operadores do Direito devem abreviar esse interregno e encontrar fórmulas que permitam resolver bem os problemas relativos à interpretação e aplicação da norma constitucional. Esta deve ser analisada não em si mesma, mas a partir da razão de sua elaboração, ou seja, a partir das exigências do cotidiano, dos anseios sociais, do déficit identificado nas relações de vida.

O novo modo de pensar a norma constitucional exige constante diálogo com a economia e a política, bem como com outras formas de conhecimento que afloram da dinâmica de vida das pessoas e suas experiências, na busca de soluções eficazes. A norma constitucional não deve existir apenas no imaginário dos juristas e alheia à realidade.

É equivocado pensar que os legisladores podem elaborar políticas públicas e os juízes a isso estejam vetados, sob a perspectiva do cotejo mal formulado entre juízes verdadeiros e legisladores ideais, uma vez que a participação dos juízes no Estado Democrático tem um viés diferente daquele político

Por essa razão, deve compreender-se a Constituição como uma ordem-moldura e ordem-fundamento, porque impõe *obrigações* e *proibições*, ou seja, o que é necessário e o que é impossível à atuação do legislador, esta é a moldura; de outro lado, são catalogados princípios e valores para nortear a atividade do Estado,

não como “genoma jurídico”, capaz de regular tudo, mas como assegurar valores e garantias que, ao fim, formarão aquela moldura de deveres e proibições intransitáveis pelo legislador, mas deixando a esfera de faculdades, precisamente, para possibilitar a realização de direitos fundamentais que se mostrem assim no evoluir das quadras históricas e contextos sociais.

Nos tempos atuais não se pode fazer tábula rasa dos mandamentos constitucionais, sob o risco de enorme prejuízo à ordem social, ou seja, não se pode negligenciar o relevo obtido pelas instituições e suas efetivas e necessárias atribuições, para que, ao final, o interesse público seja garantido.

3. PRINCÍPIO DISPOSITIVO E CONGRUÊNCIA – GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Insero nessas garantias fundamentais está o *princípio dispositivo* segundo o qual a intervenção do Estado para realizar interesses individuais tutelados pelo direito material *depende da vontade do particular*, que é titular do interesse e, por esta razão, à parte e somente a ela cabe provocar, ou não, o exercício da jurisdição para assegurar interesse tutelado pelo ordenamento jurídico. De igual modo, cabe unicamente a ela invocar, ou não, determinado fato jurídico do qual entenda decorrer seu direito e, assim, preparar os elementos aptos ao convencimento do julgador, é a regra *iudex iudicare debet secundum alligata probata*.

A conexão entre o *princípio da congruência* e o *princípio dispositivo*, ou seja, a conexão entre o objeto do *petitum* e objeto do *decisum*. Tal conexão merece um acréscimo de ordem constitucional, uma vez que esse fundamento está umbilicalmente ligado à *garantia do contraditório e ampla defesa*, que de tão atreladas quase se confundem e encontram lugar na Constituição Federal (art.5º, LV).

Vale afirmar, o julgador deve respeitar a dose de previsibilidade necessária para que o réu possa defender-se, por isso já exigia o CPC revogado que o pedido fosse “certo ou determinado”, conquanto a conjunção *ou*, equivocadamente, utilizada pelo

CPC/73, tenha sido corrigida pelos arts.322 e 324, do CPC/15 e, assim, corretamente, expressar a partícula aditiva 'e', mas desde lá com o firme propósito de fixar os exatos limites invocados pelo titular do interesse deduzido em juízo. Daí a razão pela qual o juiz não pode pinçar, como *ratio decidendi*, *causa petendi* distinta daquela eleita pelo autor na confecção da peça inicial.

Afirma Teresa Arruda Alvim:

*sententia debet esse conformis libello é a máxima tradicional que traça os limites da sentença, devendo conter-se nos pedidos mediato e imediato. Será extra petita a sentença que conceder, ou que não conceder expressamente, coisa diversa da pleiteada, como, por exemplo, a sentença que reconhece a existência de um direito real, quando o que se pleiteou foi o reconhecimento de um direito de crédito. O juiz pode decidir a causa baseando-se em outro texto legal que não o invocado pela parte, mas não lhe é dado escolher, dos fatos provados, qual deve ser o fundamento de sua decisão, se o fato eleito for diferente daquele alegado pela parte, como fundamento de sua pretensão.*¹⁷

4. DO CABIMENTO DA AÇÃO IMPUGNATIVA

No direito processual civil italiano podemos encontrar um dos expoentes da ação declaratória de nulidade.¹⁸ Na doutrina brasileira, não foram poucos os autores que enfrentaram o tema, dentre eles, Ovídio Batista da Silva em sua obra *Sobrevivência da querela nullitatis, Da sentença liminar à nulidade da sentença*, bem acompanhado de Adroaldo Furtado Fabrício com sua igualmente festejada: *Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória, Ensaios de direito processual*.

Reconhecida a *inexistência do processo ou da sentença*, como bem apontam Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “cai por terra a ‘suposta’ coisa julgada que incidiria”.¹⁹

E afirmam que a *ação de querela nullitatis insanabilis* “tem por pressuposto a inexistência do processo – ou do ato sentencial – de

modo que, se o ato não existe, também não pode existir a qualidade de imutabilidade que poderia incidir sobre ele”.²⁰

Como afirma Piero Calamandrei:

*Este estado de hecho que puede exteriormente parecer, pero que jurídicamente no es una sentencia, no puede tener, naturalmente, los efectos de una sentencia verdadera. (...) No se tratará, pues, de hacer anular lo que nunca ha nacido, sino de establecer la certeza de la inexistencia de lo que no ha podido nacer nunca em el mundo del derecho; e para esta finalidad, como frente a los negocios jurídicos inexistentes, ayudará la acción de declaración de la mera certeza negativa.*²¹

Uma vez inexistente o ato qualquer juiz poderá negar-lhe eficácia, seja por meio de (re)exame da questão antes posta, seja por meio de ação autônoma, ação tendente ao reconhecimento negativo do ato sentencial ou do processo, ou, até mesmo, da coisa julgada anterior.

A ação vem sendo muito utilizada para as hipóteses em que há reconhecida nulidade da citação do réu, o que pode ser confirmado nas decisões do STJ, tanto por meio de sua 4ª Turma, nos REsp 977.662/DF e REsp 1.252.902/SP, relatados, respectivamente pelos ministros, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo, publicados em DJe de 01.06.2012 e 24.10.2011, quanto por meio de sua 2ª Turma, nos REsp 1.105.944/SC e REsp 455.664/AC, relatados pelos ministros, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon, publicados no DJe de 08.02.2011 e 03.09.2010.

Vale ressaltar, esse entendimento esclarece que não apenas pode ser utilizada a presente ação somente naquelas hipóteses em que falte algum pressuposto processual de existência, uma vez que alguns podem entender que a citação não é pressuposto processual de existência, mas em razão da ausência de citação acarretar absoluta falta de oponibilidade da coisa julgada contra a parte que não foi citada. Encareça-se não ser esta a nossa posição, uma vez que entendemos tratar-se de a citação de pressuposto processual de

existência, pois sem essa não há processo em relação ao réu e a relação jurídica processual não se triangulariza.

A hipótese clara para utilização da *querela nullitatis insanabilis* é a de litisconsorte necessário não citado e, ao contrário do que sucede com a ação rescisória, a ação declaratória de nulidade não se sujeita a qualquer rito especial ou pressuposto específico, tramita como qualquer demanda comum, sequer reclamando competência originária especial, como já entendeu o STJ, por meio de sua 1ª Turma, no AgRg no REsp 1.199.335/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 22.03.2011, e reforçado pela 3ª T, no REsp 1.677.930/DF, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, publicado no DJe 24.10.2017.

Também quanto ao prazo, uma vez que o objeto dessa demanda não é a rescisão da coisa julgada, mas a inexistência de um processo/sentença anterior ou da coisa julgada dele oriunda, não há prazo propriamente para sua dedução em juízo, como já decidiu o STJ, 1ª Seção, AR 569/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18.02.2011. Isso é assim, porque a questão poderia ser aventada em qualquer outro processo no qual o *thema decidendum* voltasse a ser debatido.

O procedimento desta ação é o comum, da mesma forma que as ações rescisória e anulatória. Todavia, quando se trata de declaratória negativa é não apenas possível como necessário que se antecipem os efeitos da decisão final para suspender a eficácia do julgado sob impugnação.

5. DA MÁXIMA SENTENTIA DEBET ESSE CONFORMIS LIBELLO

É chegada a hora de enfrentarmos um problema da maior relevância para os dias atuais, que transcende aos estritos limites da lei infraconstitucional e, assim, galga laços no ambiente da Constituição, mais especificamente nos direitos fundamentais, consoante já encarecido em tópicos anteriores.

A sentença proferida de acordo com o que prescreve o art.489 do CPC tende à definitividade, desde que não padeça de vícios que possam comprometer seu viés duradouro. A decisão judicial

deve ser *interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos*, é o que resulta fixado pelo §3º, do art.489 do CPC, este artigo considera *não fundamentada* a decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se encartar nos incisos de I a VI.

A regra do processo civil é que a sentença e o acórdão sejam conformes ao pedido do demandante, e isso impõe dupla conformidade: uma relativa ao pedido imediato (providência jurisdicional postulada – declaração, constituição, condenação, mandamento ou execução) e conforme ao pedido mediato (bem da vida perseguido em juízo). E é assim em razão do disposto no §3º citado, uma vez que a decisão judicial *deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos*.

Relativamente à sentença pode haver, fundamentalmente, duas categorias de vícios intrínsecos que a tornam nula, ambas sintonizadas, direta ou indiretamente, à essência e sentido da tarefa judicante desempenhada pelo Estado, ou seja, ao *decisum*. A primeira conecta-se à *extensão*; a segunda, à *fundamentação*.

Desse modo, é vedado ao julgador proferir decisão, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, discrepante do objeto demandado, pois se o faz, julga *infra, extra ou ultra petita*. No caso de sentença *extra petita* pode o tribunal invalidá-la e substituí-la desde logo, art.1.013, §3º, CPC.

Imperativo haver correlação entre o “objeto da ação” e o “objeto da sentença”, uma vez que há dever dúplice do magistrado: *de se pronunciar sobre tudo o que foi demandado e só o que foi demandado*. É a falta de correlação que vicia a decisão judicial e vulnera de tal forma que a torna insanável, ou melhor, desfundamentada, nos moldes do art.489 e, assim, sem elemento essencial.

Sentença sem fundamento é sentença inexistente e, por essa razão, impugnável pela via da ação de *querela nullitatis insanabilis*, não se estaria neste caso dirigindo o ataque ao *processo*, mas à *sentença ou ao acórdão*. E aqui inicia a análise acerca da reiterada fundamentação do STJ no sentido de que a dedução desta ação deva ocorrer no primeiro grau de jurisdição.

No entender do STJ esta demanda deverá tramitar perante o juiz de 1º grau que examinou a causa original (STJ, 3ª Seção, CC 114.593/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01.08.2011), (STJ, 2ª T. REsp 1015133/MT, rel. Min. Eliana Calmon, rel. para acórdão Min. Castro Meira, DJe 23.04.2010), (STJ, 6ª T. AgRg na Pet. 10.975/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 03.11.2015), (STJ, Petição 12029/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 03.08.2017).

6. DA CAUSA PETENDI

Neste tópico soa interessante a distinção entre *causa de pedir próxima* e *causa de pedir remota*, conquanto ambas sejam permeadas de *fato* e *direito*, portanto fenômenos híbridos. A *causa de pedir remota* é aquela que se encontra mais distante no tempo e, indiretamente, dá causa à propositura da ação.

Quando se faz referência a fenômeno híbrido é para significar que na demanda para rescindir um contrato de locação, por falta de pagamento, a causa remota é o contrato de locação e não *um determinado* contrato de locação. Daí o aspecto fenomênico híbrido, uma vez que se compõe de direito (um contrato de locação) e de fato (determinado contrato de locação).

No mesmo diapasão, a *causa petendi* próxima (o inadimplemento), mas *aquele inadimplemento*, o não pagamento do aluguel do mês X, e não um inadimplemento qualquer. A razão de qualificar como *causa petendi* próxima é o fato da proximidade no tempo entre sua ocorrência e a propositura da ação.

O art.319, III, do CPC, impõe a indicação dos *atos e fundamentos jurídicos* do pedido, estes fundamentos devem dirigir o juiz na decisão da causa, porque, como já afirmado em tópico anterior: *sententia debet esse conformis libelo*, máxima tradicional que blinda os limites da sentença que deve conter-se aos ***atos provados e alegados pela parte***, sendo-lhe vedado escolher qual deve ser o fundamento de sua decisão, se o fato eleito for diferente daquele alegado pela parte, como *fundamento de sua pretensão*.

Encareça-se que o objeto do pedido é composto pelo pedido mediato, pedido imediato, causa petendi próxima e causa petendi remota. Isso é assim, porque a causa petendi tem a função de identificar o pedido.

O *princípio da congruência* reflete a identidade entre o *objeto do pedido* e *objeto da sentença*, o que envolve, inexoravelmente, a identidade de *causa petendi* (da petição inicial) e de *fundamentos* (da sentença).

Daí a razão pela qual se tem decidido tratar-se de sentença *extra petita* aquela aprecie e conceda o pedido, mas *por outro fundamento* que não a *causa petendi* invocada pela parte. Frise-se que não se está fazendo referência à legítima alteração do *fundamento jurídico da inicial* (qualificação jurídica da causa de pedir, e não sua versão fática), pois neste caso não há decisão *extra petita*.

E aí não há decisão *extra petita* por uma singela razão: a subsunção do fato à norma é dever do juiz, que pode ao julgar a causa na qual ocorreu equivocada denominação jurídica ao fato, promover a correta interpretação do direito, não havendo nulidade processual neste ato. Isso é dever do juiz, mas deve ser antecedido de contraditório.

Dessa forma “é nula a sentença baseada em *causa petendi* (= *ratio decidendi*) diferente daquela a que alude o autor na inicial, ainda mais se se tratar de fato não provado nos autos”. “É *extra petita* a sentença que elege como *ratio decidendi* causa diferente da causa de pedir a que o autor fez menção na inicial. Neste sentido, decidiu-se que, se o pedido de rescisão do contrato de permuta de veículo se fundamentou na má-fé do réu, não pode o juiz julgar procedente o pedido em função do reconhecimento da evicção, pois, com tal atitude, estaria ele *alterando a causa petendi*, o que torna sua decisão *extra petita*”. “Considera-se como alteração da *causa petendi* a circunstância de a sentença considerar os fatos narrados pelo autor de modo diferente daquele em que foram relatados. Nesse caso, anula-se de ofício a sentença, ficando prejudicado o recurso.” ²² (STJ, EDcl no AREsp 207.825/RS, 4.^a,

j, 06.11.2012, v.u., rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 12.11.2012).

A rigor, como a doutrina citada bem aponta, “a sentença puramente *extra petita* comporta, sob certo aspecto, a qualificação de sentença *inexistente*, uma vez que *não corresponde a pedido algum* (nesse sentido, escreveu Arruda Alvim. Direito processual civil. São Paulo: Editora RT, 2001. Vol. 1, n.14, p.405). Falta, portanto, pressuposto processual de existência para que aquela sentença seja considerada juridicamente existente (nesse sentido, STJ, REsp 1.219.606/PR, 2ª T, j. 07.04.2011, v.u., rel. Min. Mauro Campbell Marques, Dje 15,04.2011)”.²³

Se o magistrado decide com base em **dispositivo legal** diferente daquele que consta da inicial não há sentença *extra petita*, convém encarecer. Todavia, a alteração do dispositivo legal quando outro (o citado na sentença) *refere-se a outra situação fática*, aí se estará diante de decisão prolatada fora do pedido, pois, indiretamente, não se estará aceitando a narração dos fatos feita pelo autor na inicial. (1º TACSP, Ap 297.357-1-00, j. 24.06.1991, rel. Quaglia Barbosa, JTACSP-Lex 134/248 e STJ, Resp 499.956/SP, 2ª T, j. 04.10.2012, m.v., rel. p./ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Dje 22.05.2013).

7. O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA E O ART.489 DO CPC

Pois bem, se o art.489 do CPC dispõe que os *fundamentos*, ao lado de relatório e dispositivo, são *elementos essenciais* da sentença e, na mesma linha acrescenta que os *fundamentos* estarão ausentes nas hipóteses elencadas nos incisos I a VI, convém deitar o foco sobre as razões pelas quais o legislador resolveu assim impor.

Quem concede o pedido A pelo fundamento Y, não está concedendo o mesmo pedido A por fundamento X1. Isso é assim, porque há um amálgama indelével, um bloco monolítico, entre *causa petendi* e *petitum*, formam um conjunto inseparável que expressa o *objeto do pedido*. Embora os pedidos, se pudessem ser observados em si mesmos (pedido A = pedido A), pareçam idênticos, se acoplados a fundamentos diversos, já que os

fundamentos os *identificam*, e com eles encontram-se umbilicalmente ligados, traduzem pedidos diversos.²⁴

Com efeito, o legislador deixa claro na redação dos incisos do art.489, a exigência de correlação direta entre o *objeto da decisão* e o *objeto do pedido*, portanto, expressão inequívoca do *princípio da congruência* e da *inexistência da decisão judicial* que não obedeça à linha de conexão entre os dois objetos. No inciso I, não há margem para questionamentos quanto à extensão do *objeto da sentença* que deverá jungir-se à *causa ou a questão decidida*.

No inciso II, no mesmo diapasão, quaisquer conceitos jurídicos deverão acompanhar-se dos *motivos concretos de sua incidência no caso*. Precisamente, no inciso III, reforça-se a imperatividade dos motivos expressarem sua *pertinência e justificativa ao caso decidido* e não a quaisquer outras decisões relativas a outros casos.

O inciso IV aponta o vetor para *os argumentos deduzidos no processo* capazes de infirmar *a conclusão adotada pelo julgador*, o que demonstra a inafastabilidade entre o *objeto do pedido* e o *objeto da sentença*. E não se trata de qualquer argumento, mas aqueles e somente aqueles que o *autor tenha invocado ao deduzir a demanda em juízo*.

O inciso V traz a marca do *princípio da congruência* e sua implicação no *princípio dispositivo*, pois impõe identificação dos fundamentos determinantes da decisão e demonstração de ajuste, ou aplicação, *ao caso sob julgamento*. Não se pode entender, pensamos, que o *caso sob julgamento* difira do *objeto do pedido*, composto de *causa petendi e petitum*, deduzido em juízo.

Ora, se ao invocar precedente ou enunciado de súmula o julgador deverá respeitar a sintonia dos fundamentos determinantes e o caso concreto decidido, à evidência, galga patamar elevadíssimo a *congruência*. Isso, em obediência ao princípio dispositivo e seu status de garantia constitucional.

O inciso VI, complementando a lógica adotada pelo legislador, estabelece como dever do julgador seguir os precedentes, enunciados de súmula, jurisprudência, *desde que guardem sintonia direta com o caso em julgamento*. Obviamente, se a

correlação não existir, ou achar-se superada, *impõe-se ao julgador a demonstração do distinguishing ou overruling*, exatamente, em razão da imperativa conexão entre o amálgama *causa petendi e petitum* com o *objeto da decisão*.

Diante desses elementos, entendemos que a sentença que defere o pedido de despejo para uso próprio, quando o pedido foi feito por denúncia vazia, é *inexistente*. Trata-se de decisão *extra petita*, em razão do objeto da decisão não sintonizar-se ao objeto do pedido, integrado monoliticamente à causa de pedir, e é assim, porque se a *causa petendi* não integra o pedido (porque pedido equivale a lide, a mérito, a pretensão) ela *identifica o pedido e integra o objeto do pedido*.

8. UM EXEMPLO CONCRETO DE FATO JURÍDICO ALEGADO PELO AUTOR

Vejamos um exemplo emblemático para que possamos alinhar o raciocínio acerca da afirmação que fizemos na introdução deste estudo. Pois bem, de forma clara dois pedidos resultam de uma demanda: reconhecimento de vínculo empregatício e dano moral decorrente de suposto acidente de trabalho que, por seu turno, está acoplado ao pretendido vínculo de emprego.

Extrai-se da peça inicial:

A Reclamada não realizou a assinatura e baixa na CTPS do de cujos, pois o mesmo trabalhou para a Reclamada por mais de 10 (dez) anos consecutivos.

1.4. Exerceu na Reclamada, a função de MOTORISTA DE VEÍCULOS DE GRANDE PORTE (CAMINHÕES, TRATORES E EMPILHADEIRA, SOLDADOR DE Balsa e AUXILIAR DE CONVÉS E DE MÁQUINAS – NÍVEL I, recebia como Salário a quantia de R\$ 100,00 (cem reais) por semana, perfazendo o valor mensal de R\$ 400,00 (quatrocentos reais).

1.4.1 Como MOTORISTA DE VEÍCULOS DE GRANDE PORTE (CAMINHÕES, TRATORES E EMPILHADEIRA, SOLDADOR DE

BALSA exercia tais funções no PORTO, conforme relatos dos funcionários também da Reclamada o Sr.; - e quanto AUXILIAR DE CONVÉS E DE MÁQUINAS – NÍVEL I, exercia as mencionadas funções quanto havia viagens de ITINERANÇA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, nos municípios de , conforme depoimento do ...

Pois bem, a *causa petendi próxima* é o suposto acidente de trabalho resultante, portanto, da *causa petendi remota*, o **contrato de emprego**. Isso, porque sem que haja a vinculação de emprego pretendida nenhuma conexão haverá entre o “objeto do pedido” e o “objeto da sentença” e, dessa forma, não estará a sentença em congruência com os fatos jurídicos invocados pelo autor da ação, único titular do direito de demandar e, por isso, não pode haver interferência no princípio dispositivo.

No caso concreto, as garantias do contraditório e ampla defesa, parece-nos, não foram observadas, uma vez que a reclamada fora citada para defender-se dos fatos jurídicos alegados na inicial e não poderia ser surpreendida com uma condenação que extraísse seu fundamento de fatos jurídicos alheios ao que fora deduzido em juízo pelo autor, conforme resultou da decisão, conforme se pode constatar dos fundamentos da sentença:

A reclamada juntou diversos recibos de pagamento, demonstrando que o falecido recebia de acordo com cada tarefa executada (Id. - Pág. e seguintes). Tais documentos foram impugnados pela autora, alegando que as assinaturas não são do... Entretanto, num cotejo entre de cujus tais recibos e a identidade civil do (Id.), nota-se forte semelhança entre as assinaturas, não de cujus se tornando evidente a suposta falsificação.

Importante observar que, em face do acidente sofrido pelo de cujus, várias diligências policiais foram efetuadas, a exemplo dos termos de declaração de Id. ID. - Pág. , sendo que na maior parte das declarações se percebe que o falecido prestava serviços esporádicos e a vários tomadores de serviços.

Dessa forma, quanto ao requisito habitualidade, na forma em que se apresenta na petição inicial é de improvável verossimilhança, tendo em vista que as atividades exercidas pelo de cujus não aparece de forma

habitual, não havendo nos autos elementos que sejam suficientes para comprovar a regularidade ao longo do tempo. As próprias testemunhas arroladas pela autora afirmaram que viam o falecido apenas durante as itinerâncias; essas ocasiões eram esporádicas, sem habitualidade.

Aliás, a autora admitiu, em audiência (Id.), que seu companheiro recebia valores variáveis de semana a semana; isso, por si só, evidencia que as atividades exercidas pelo falecido variavam ao longo do tempo, característica típica das atividades laborais dos "chapas". Disse, ainda, que no porto atracavam barcos de outras empresas; isso também possibilitava ao falecido prestar serviços a vários tomadores, a depender da situação.

A sentença não reconhece o vínculo de emprego, fato jurídico e *causa petendi* deduzidos pelo autor como fundamentos ao suposto dano moral, uma vez que somente com base nesses fundamentos haveria competência da Justiça do Trabalho para apreciar e conceder o pedido de dano moral. Todavia, ao contrário e à margem do deduzido, a sentença reconheceu fato jurídico alheio ao pedido constante da inicial, traduzindo decisão *extra petita*, porque o objeto do pedido é o vínculo de emprego e não quaisquer outras situações que pudessem vincular o *de cujos* à reclamada no dia do acidente.

A sentença reconhece uma suposta atividade característica de "chapa", o que não guarda qualquer relação com os fatos jurídicos alegados pelo autor, fatos jurídicos que limitam, inexoravelmente, o **objeto da sentença**, ou seja, o princípio da congruência impõe a necessária ponte entre o **objeto do pedido** e o **objeto da sentença**. Com efeito, a sentença ao trazer fundamento fático pinçado da instrução processual, ocorrida após a defesa do réu, não apenas feriu de morte a **garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa**, porque impôs surpresa vedada por essas garantias asseguradas pela Constituição, em seu art. 5º, LV, mas, também, trouxe o vício da inexistência *ex vi* do art.489 do CPC, porque **trouxe fundamentos e ratio decidendi sem qualquer sintonia com o caso sob julgamento..**

O pedido imediato é o ressarcimento de um dano causado pelo suposto acidente de trabalho, **resultante do pretendido contrato de emprego**. O pedido imediato é identificado pela *causa petendi* que, por seu turno, compõe-se de *causa petendi próxima*, dano causado pelo suposto acidente de trabalho, e *causa petendi remota*, o reconhecimento do vínculo empregatício, de onde decorre o suposto acidente de trabalho.

Com efeito, em obediência ao *princípio da congruência*, o *objeto do pedido* deve corresponder ao *objeto da sentença*. Se o objeto da sentença não corresponde ao objeto do pedido, estamos diante de decisão inexistente, porque *extra petita* é a sentença que elege como *ratio decidendi* causa diferente da *causa petendi* que o autor invoca na inicial.

A sentença que não guarda congruência com o objeto do pedido é puramente *extra petita* e comporta a qualificação de **inexistente, uma vez que não corresponde a pedido algum**, nesse sentido escreveu Arruda Alvim em seu *Direito processual civil*, São Paulo, RT, 2001, vol. I, n.14, p.405. Deve ser assim, e o STJ adota essa linha, em razão de faltar **pressuposto processual de existência para que a sentença seja considerada juridicamente existente**, conforme se extrai do REsp 1.219.606/PR, 2ª T, j. 07.04.2011, v.u., rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 15.04.2011.

A sentença ao afastar a *causa petendi remota*, a vinculação empregatícia, é bom encarecer, não poderia conceder *dano moral* ao autor por fundamento diverso daquele pretendido na inicial, porque se afasta do *objeto do pedido* e macula o *princípio dispositivo* e o *princípio da congruência*. Afeta diretamente garantia fundamental do contraditório e da ampla defesa, art.5º, LV, da CF.

Nem se poderia cogitar de legítima alteração de fundamento jurídico, portanto, diverso daquele fundamento invocado pelo autor na inicial, alteração essa que poderia ser levada a efeito pelo juiz, em razão do exercício do dever de fundamentar corretamente sua decisão, caso houvesse equívoco de **fundamento legal** na petição inicial. Não se trata disso, mas, ao contrário, o julgador

aponta fundamentação completamente alheia ao que fora invocado pelo autor na peça de abertura, ou seja, a sentença pinçou dos depoimentos constantes dos autos fato jurídico não invocado pelo autor, ao reconhecer uma suposta relação de “chapa” entre *de cujos* e reclamada, em razão da qual resolveu conceder dano moral, deduzido na inicial e pautado, exclusivamente, no pretendido vínculo de emprego, não em outra vinculação, como elegeu a sentença.

Encareça-se que o autor demanda em face da reclamada o vínculo de emprego, segundo ele, que já durava mais de 10 anos em caráter contínuo e, em razão dessa causa de pedir haveria o nexo de causalidade a sustentar a responsabilidade da ré pelos alegados danos decorrentes do suposto acidente de trabalho. O acidente no exemplo concreto aqui trazido, é inegável, é fato, o que não há é acidente ***de trabalho*** decorrente de vínculo de emprego, necessário à procedência de *dano material/moral* dele decorrente.

A extensão da sentença para além dos limites daquele fato jurídico, reconhecendo um acidente de trabalho decorrente de fato jurídico alheio ao deduzido na inicial e alheio à competência da Justiça laboral, porque fundamenta na suposta vinculação de um autônomo (“chapa” - a sentença admite acidente de trabalho daí decorrente), desborda a fronteira estrita a que está submetida por imposição do ***princípio da congruência, do princípio dispositivo, das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.***

O autor da ação aqui trazida como exemplo, pretendeu o reconhecimento de vínculo de emprego com a reclamada, de 11.08.2008 a 14.04.2018, nas funções de motorista de veículos de grande porte e auxiliar de convés e de máquinas – nível I e, em razão do exercício dessas funções, teria sofrido um suposto acidente de trabalho que culminou com a morte do trabalhador.

Em razão dessa alegação foi que o autor deduziu sua ação na Justiça do Trabalho, pois somente assim haveria competência da Justiça especializada para julgar o pedido ***decorrente*** da relação de

emprego ou de trabalho, ou seja, o pedido de dano moral. Este é de natureza civil e somente é atraído para a competência da Justiça laboral se, e somente se, **decorrer** de vinculação de emprego ou de trabalho, esta inserta nos estritos limites da competência constitucional fixada pelo art.114, Súmula 392 do TST e Súmula Vinculante 22 do STF.

E mais, se o vínculo de emprego foi afastado na sentença e não houve outro vínculo de trabalho pretendido, como efetivamente não houve, capaz albergar a análise do pedido de dano moral no âmbito da Justiça do Trabalho, há incompetência absoluta, matéria sujeita, inclusive, à ação rescisória, na hipótese de ocorrência de coisa julgada.

Todavia, considerando a ausência de pedido, já que o pedido de reconhecimento de vínculo de emprego deduzido pelo autor foi afastado na sentença, ausente estará a congruência entre o objeto do pedido e o objeto da sentença. Esse fato ceifa a existência da sentença, porque ***se não há objeto de pedido correspondente ao decido, não haverá pressuposto processual de existência para que a sentença possa ser considerada existente***, nos moldes do art.489 do CPC, sobejamente analisado.

9. QUERELA NULLITATIS E A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS

Convém encarecer, na mesma linha constante do tópico anterior, a decisão colegiada da 2ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho, uma vez que trouxe **inovação** por demais danosa ao processo e de gravidade potencializada relativamente à sentença de primeiro grau, aqui apontada como **inexistente**, uma vez que sustenta o acórdão:

A reclamada, em defesa, admitiu a existência de uma relação de trabalho entre as partes, aduzindo ser o autor trabalhador autônomo, prestando serviços no porto da reclamada, localizado na cidade de , como "chapa". Assim, ao admitir a existência de uma relação de trabalho entre as partes, a reclamada atraiu para si o ônus de comprovar a inoccorrência dos elementos

caracterizadores da relação de emprego (art. 373, II, CPC/2015), sendo estes a pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica (art. 3º, CLT).

Do exame das provas orais produzidas, revela-se evidente que não se estabeleceu entre as partes uma relação jurídica não eventual, mas, sim, AUTÔNOMA. (grifos acrescidos).

Em outro momento da decisão colegiada, extrai-se:

Para a caracterização do vínculo empregatício é essencial a demonstração dos requisitos essenciais ao reconhecimento da condição de empregado, tais quais elencados nos arts. 3º e 2º da CLT, o que não restou demonstrado no caso em análise, conforme já explicitado.

Por fim, e para enriquecer a análise acerca da atividade prestada pelo de cujus, trago as palavras do eminente Ministro do C. TST Caputo Bastos, extraídas dos autos do processo nº TRT-Ag-AIRR-1283-16.2015.5.09.0662, segundo o qual "... os serviços de carga e descarga se enquadram nas atividades exercidas pelos denominados "chapas". Tais serviços, em geral, são prestados a várias empresas ou motoristas, sem exclusividade, pessoalidade ou continuidade de funções a um somente tomador, pelo que se torna típico trabalho eventual, sem constituir-se em vínculo empregatício, sendo este o caso dos autos, pois a prova é no sentido de que o reclamante não exercia atividade com pessoalidade, nem a reclamada detinha ingerência sobre ele".

Por todo o exposto, conclui-se que O AUTOR LABOROU DE FORMA AUTÔNOMA, como prestador de serviços eventuais. E, não se cogitando, pois, da reunião dos elementos fático-jurídicos imprescindíveis à caracterização do liame empregatício, a manutenção da sentença é medida que se impõe. (Grifos acrescidos).

É de meridiana clareza que o Colegiado reconheceu tratar-se de **trabalhador autônomo** e, assim, afastou-se tanto do pretendido vínculo empregatício constante da **fundamentação fática** deduzida em juízo quanto da **fundamentação fática** inovada pela sentença de primeiro grau.

Ora, convém ressaltar, por se tratar de outra realidade social incontestada, o trabalho realizado por “chapas”, que são aqueles trabalhadores que ficam às margens das rodovias ou às portas de estabelecimentos comerciais em busca de trabalho, normalmente, para carregarem ou descarregarem veículos, mas, também, podem prestar serviços outros, nenhum deles encartados no feixe da *permanência e necessidade*. Tais serviços são absolutamente *eventuais*, contratados para atender *necessidade esporádica* do tomador, ausente o *requisito da continuidade*, imperativo para ser albergado na legislação trabalhista porque se subordina a regime legal diverso.

O *de cujus* não era trabalhador avulso, porque requer contrato cujo objeto é distinto e atípico, pois é executado em grupo para sucessivos tomadores de serviços, *requisitados os trabalhadores a um fornecedor de mão de obra*. Com efeito, bem reconhecido pela sentença de primeiro grau e pela decisão colegiada, o *de cujus* foi trabalhador autônomo e, como tal, não albergado pela legislação trabalhista.

A jurisprudência tem reconhecido esta forma de prestação laboral, conforme os julgados abaixo:

CHAPA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. INEXISTÊNCIA. Não caracteriza o vínculo empregatício o serviço prestado pelos reclamantes na carga e descarga de caminhões de diversos proprietários, sem subordinação jurídica. Tratam-se de trabalhadores autônomos, os conhecidos “chapas” na denominação comum. (ACÓRDÃO - 3.^a T - N.º 11427/98. TRT/SC/RO-V 5841/98).

RELAÇÃO DE EMPREGO. CHAPA. Inexiste vínculo empregatício quando tipificada a atividade de chapa, trabalhando o reclamante em serviços de carga e descarga de veículos somente quando existia este tipo de serviço sem obrigação de comparecimento ou de permanecer à disposição da empresa aguardando ou executando ordens. (TRT 12.^a R. RO-V 5180/92, Rel. Luiz Garcia Neto, DJ 8961, de 06-04-94, p. 63).

CHAPA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. INEXISTÊNCIA. É “chapa” o trabalhador braçal que labora na carga e descarga de mercadorias de caminhões, recebendo a paga correspondente ao final do dia ou da semana,

diretamente do interessado no serviço executado ou do sindicato ou da cooperativa a que estiver vinculado, não gerando vínculo empregatício com o tomador do serviço. ACÓRDÃO-1ªT-Nº 09572/98- TRT/SC/RO-V 4340/98. Rel. Designada: LICÉLIA RIBEIRO".

Até mesmo a sentença de primeiro grau traça linhas firmes quanto ao **caráter autônomo** da vinculação entre *de cujos* e reclamada, nos seguintes e exatos termos:

Além disso, é irrelevante se o de cujus não era empregado, mas "autônomo" ("chapa"), pois o art. 157 da CLT determina que incumbe à empresa cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, instruir os empregados quanto às precauções a tomar medidas para que sejam evitados acidentes, bem como facilitar o exercício da fiscalização. (Grifos acrescidos).

O **trabalho autônomo** não é da competência da Justiça do Trabalho, uma vez que o art.114 da CF cinge-se a vínculos de trabalho (e.g. o **trabalhador avulso com intermediação de OGMO ou sindicato**) e de emprego, jamais aos trabalhadores autônomos, como traduz a figura do "chapa" sem intermediação de OGMO ou sindicato.

Portanto, sob todos os prismas que se possa apreciar a questão sob análise, chega-se à inevitável conclusão que tanto a sentença de primeiro grau quanto o acórdão são **inexistentes**, porque inovaram nos **fundamentos fáticos, pinçando dos autos fatos não elencados pelo autor e fundamentando a decisão em objeto de pedido inexistente, por isso *extra petita***, impondo ao réu a condenação surpresa trazida no **objeto da sentença** sem possibilitar o pleno exercício da **garantia constitucional do contraditório de ampla defesa, ex art.5º, LV, da CF, malferindo o art.489 do CPC e eivando da marca da inexistência as decisões.**

Tanto a sentença quanto o acórdão capitularam como ***acidente de trabalho***, nos moldes da Lei 8.213/91, um acidente ocorrido,

mas alheio à competência da Justiça laboral, portanto, acidente sim, mas não *acidente de trabalho inserto na competência da Justiça do Trabalho*. Ademais, a utilização de fundamentos que se prestariam a qualquer decisão, sem justificativa sintonizada ao caso concretamente decidido, traz o vício insanável da inexistência, conforme se pode extrair do trecho transcrito a seguir e grifado para enfatizar a parte utilizada na decisão capaz de ser utilizada em qualquer outra, sem que haja mínima congruência entre o decidido e a causa de decidir no caso concreto:

O art. 19 da Lei 8.213/91 prevê que acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 da Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Dessa forma, é importante ressaltar que a responsabilidade do beneficiário da força de trabalho tem fundamento na Constituição Federal (art. 7º, XXXVIII), consubstanciando direito social fundamental à reparação integral dos danos sofridos pelo trabalhador e/ou por outros titulares do direito às indenizações (como no caso de óbito do obreiro), conforme, ainda, os artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro.

Em regra, para fins de condenação do agente causador de dano, decorrente de acidente de trabalho, devem ficar provados nos autos três requisitos, quais sejam: 1) dano advindo do acidente ou da moléstia; 2) nexos causal entre o dano e a atividade laborativa; c) culpa do empregador, prevalecendo a teoria da responsabilidade civil subjetiva, sendo que, em relação à culpa do empregador, há a inversão do ônus da prova, com base no inciso XXII do art. 7º da Constituição da República, do art. 157 da CLT, do §1º do artigo 19 da Lei n. 8.213/91, da Convenção n.º 155 da OIT, da Portaria 3.214 do Ministério do Trabalho e Emprego e dos arts. 6º, VIII, e 38, do Código de Defesa do Consumidor.

É de se ressaltar que o dever de indenizar tem como base o comportamento desidioso do empregador ou gestor da atividade que atua de forma descuidada quanto ao cumprimento das normas de segurança,

higiene ou saúde do trabalhador, de modo a propiciar, pela sua incúria, a ocorrência do acidente ou doença ocupacional. Nestas hipóteses, pode-se concluir que o acidente não surgiu do risco da atividade, mas originou-se da conduta culposa do empregador (ou tomador de serviços).

Nesta senda, no caso em tela, a responsabilidade civil da reclamada está a depender da demonstração do ato omissivo ou comissivo desta e do nexo de causalidade entre esse e o acidente que vitimou o falecido.

Saliente-se que a partir do momento em que a reclamada assentou a culpa exclusiva da vítima, o ônus da prova lhe pertence, tendo em vista o indicativo de fato impeditivo de direito (Art. 818, II da CLT, combinado com o art. 373, II, do CPC).

Reitera-se que ao empregador (ou tomador de serviços) compete cumprir e assegurar a observância das normas de saúde e segurança do trabalho por seus trabalhadores, instruindo-os quanto a precaução no exercício do labor, nos termos do art. 157, I e II, da CLT. (TODO ESTE TRECHO GRIFADO DA FUNDAMENTAÇÃO NADA TEM A VER COM O CASO DECIDIDO E PODE SER UTILIZADO EM QUALQUER DECISÃO JUDICIAL)

Pois bem.

No caso em epígrafe, resta incontroverso nos autos que o Sr. sofreu acidente do trabalho no dia 11 de agosto de 2008, falecendo em decorrência deste (conforme investigação realizada pela Polícia Civil, constando o laudo de exame de necroscópico realizado pelo Dr. (CRM/): **(O LAUDO DE EXAME NECROSCÓPICO E A INVESTIGAÇÃO LEVADA A EFEITO PELA POLÍCIA CIVIL NÃO SÃO INSTRUMENTOS HÁBEIS A CONSTATAR VÍNCULO DE EMPREGO, PORTANTO, NADA HÁ DE "INCONTROVERSO" NOS AUTOS, A NÃO SER O EXPRESSO RECONHECIMENTO DE QUE O DE CUJOS ERA TRABALHADOR AUTÔNOMO)**. Os grifos e parênteses fora acrescentados.

Desse modo, houve a inserção de segurado da previdência e *acidente não decorrente de relação de trabalho* na competência da Justiça do Trabalho, o que parece violar tanto a Súmula 392 do C. TST quanto a Súmula Vinculante 22 do STF. E é assim, porque a Súmula 392 assim está redigida:

Súmula 392 - DANO MORAL E MATERIAL. RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido.

E a Súmula Vinculante 22:

Súmula Vinculante 22 - A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004.

A violação à sumula 392 radica na constatação, resultante da sentença e do acórdão, no sentido do *de cujos* ter sido **trabalhador autônomo** e não trabalhador inserido no âmbito da legislação trabalhista e, portanto, da Justiça do Trabalho, o que sintonizaria o acidente de trabalho à relação de trabalho. Em nenhum momento a sentença e o acórdão reconhecem qualquer relação de trabalho que não seja a de **autônomo, capaz de encartar os fundamentos decisórios no âmbito do art.114 da CF.**

A Súmula Vinculante 22 do Supremo Tribunal Federal, de igual modo, foi violada, porque restringe a competência da Justiça do Trabalho para **processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por EMPREGADO CONTRA EMPREGADOR(...).**

A sentença e o acórdão, ao afastarem o vínculo de emprego reconheceram a inexistência de relação jurídica entre **EMPREGADO E EMPREGADOR**, inexoravelmente, a trilha seria a **IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO DE**

DANO MORAL, porque este pedido decorre da vinculação empregatícia. Esta, uma vez afastada, torna despicienda a instrução para apreciação do pedido, nos moldes do art.332, I, do CPC.

Ao julgar procedente o pedido de dano moral, consubstanciado em fundamento outro, qual seja, uma sequer reconhecida e demonstrada *relação de trabalho*, **sim, porque a sentença e o acórdão entenderam tratar-se de trabalho autônomo**, extrapolaram sua esfera de competência, por infração tanto à Súmula 392 do TST quanto à Súmula Vinculante 22 do STF.

Ora, não poderia ser outra a conclusão a que se chega, senão admitir que ao se buscar a declaração de **inexistência da decisão judicial** e não **do processo** a competência para *querela nullitatis insanabilis* poderá ser deduzida em qualquer grau de jurisdição e não apenas no primeiro grau como vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça.

Encareça-se que as decisões reiteradas do STJ são aplicáveis como precedentes apenas às hipóteses nas quais a *querela nullitatis* tenha por objeto a nulificação **do processo**. Todavia, isso parece possível, até não raro, a *querela nullitatis* objetiva atacar a **decisão judicial**, portanto, sentença ou acórdão e, neste caso, não se pode entender a competência originária do primeiro grau para o desiderato pretendido.

Nesse diapasão, se a decisão judicial inexistente tiver origem em tribunal, até mesmo no STJ, ou STF, a dedução da ação de *querela nullitatis insanabilis* deverá perante o órgão competente para apreciá-la e, se for o caso, declarar a inexistência pretendida. À evidência, não seria no primeiro grau de jurisdição o foro competente para a declaração de inexistência de um acórdão, ou mesmo **da sentença**, quando somente esta for inexistente, sem que o processo o seja.

-
- [16] BAUMEN Zigmund. *Amor Líquido - Sobre a fragilidade dos laços humanos*; tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro:Zahar, 2004, *passim*.
- [17] *Nulidades do processo e da sentença*, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.305.
- [18] Piero Calamandrei, com a sua prestigiadíssima obra *Superveniência de la querela de nulidade em el processo civil vigente*, in: *Instituciones de derecho procesal civil*, vol III, p.309/312.
- [19] Curso de Processo Civil, vol. II, 2ª ed., RT, p.633
- [20] Obra citada, p.633.
- [21] Piero Calamandrei, *Vicios de la sentencia y médios de gravamen*. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EBA, 1945. P.431.
- [22] Nesse sentido Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*. p.307/308.
- [23] Idem.
- [24] Idem, p. 311.

A TEORIA DO TRIBUNAL MULTIORTAS E SUA EFICÁCIA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Gustavo Henrique Fernandes Sganzerla;
Leonardo Luís da Silva

Resumo: O presente trabalho visa estudar a teoria do Tribunal Multiportas idealizada pelo professor Frank Sander em 1976. Busca-se compreender se ela foi inserida, total ou parcialmente, no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, realizar-se-á uma análise comparativa entre o conteúdo da teoria e as normas do ordenamento jurídico brasileiro, dividindo-se o trabalho em três principais tópicos (3, 4 e 5): no primeiro se estuda a teoria em si, identificando suas principais características; no segundo realiza-se uma breve análise da Constituição da República de 1988 e no terceiro tópico analisar-se-ão as normas infraconstitucionais brasileiras, com especial ênfase na lei de arbitragem (Lei n.º 9.307/1996), na lei de mediação (Lei n.º 13.140/2015), mas sobretudo no Código de Processo Civil de 2015. Ao final, buscam-se dados empíricos, disponibilizados pelo Conselho Nacional Justiça, sobre os processos judiciais em trâmite, com o intuito de averiguar os principais assuntos que chegam até o Judiciário brasileiro e, a partir daí, verificar qual seria a possível colaboração da teoria para o sistema jurídico pátrio, não só para se conferir maior amplitude à clássica noção de acesso à justiça, mas principalmente para a resolução adequada dos conflitos da sociedade brasileira.

Palavras-chave: Tribunal Multiportas; Frank Sander; Métodos adequados de solução de conflitos.

1. INTRODUÇÃO

Já não é novidade que o processo civil está passando por significativas transformações. O clássico exercício da jurisdição (poder-dever de dizer o direito) realizado pelo Estado-juiz, que desde a teoria da separação dos poderes de Montesquieu do século XVII é monopólio do Estado, não mais reflete o único meio adequado para a solução de todos os conflitos que ocorrem na sociedade. Isso se deve ao fato de que os grupos sociais se encontram em constante e rápida evolução, o que acaba refletindo, da mesma maneira, na evolução dos conflitos, seja em termos de complexidade, como em termos de quantidade.

Nesse sentido é que ao lado da justiça de uma única porta, surge a necessidade de novas formas de acesso, transformando a justiça em uma justiça multiportas. A teoria pioneira, apresentada em 1976, que trouxe ao mundo a noção de uma justiça com várias portas, isto é, com vários métodos (além do processo judicial) para a solução de conflitos, foi a de Frank E. A. Sander, Professor Emérito da *Harvard Law School*.

Através dessa nova justiça, passa-se do acesso à justiça pelos tribunais ao acesso aos direitos pela via adequada. Percebe-se que a busca pela tutela dos direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva, exige mais do que a clássica justiça pode oferecer sozinha.

Ainda que, aparentemente, a justiça multiportas se mostre muito vantajosa na solução de conflitos da sociedade, ela encontra algumas dificuldades para a sua concretização no direito brasileiro, sobretudo por razões culturais, que se apegam ao clássico processo judicial.

Entretanto, acredita-se que através de estudos, da qualificação e da preparação dos operadores do direito sobre a matéria se possa ultrapassar essas dificuldades na aplicação dos novos métodos de solução de conflitos, tendo em vista que, na maioria das vezes, os obstáculos que impedem a correta utilização desses instrumentos se traduzem em desinformação ou mesmo em desconhecimento sobre o tema.

Portanto, é justamente nesse sentido que caminha o presente trabalho: colaborar, a partir da análise da teoria precursora do professor Frank Sander, com os estudos dos novos métodos de solução de conflitos.

Assim, inicialmente, busca-se compreender se a teoria do Tribunal Multiportas foi inserida, total ou parcialmente, no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, analisar-se-ão as suas principais características, a fim de identificar dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que eventualmente possam amparar e legitimar a sua aplicação no direito pátrio.

Em um segundo momento serão examinados dados estatísticos, fornecidos pelo Conselho Nacional Justiça sobre a litigiosidade brasileira, com o propósito de descobrir quais são os principais assuntos que chegam até o Judiciário, de modo que se possa mensurar a possível contribuição da teoria para o sistema jurídico brasileiro.

Para a produção do presente trabalho será utilizado o método lógico-dedutivo, analisando-se a lei, doutrina, jurisprudência e dados empíricos fornecidos por órgãos oficiais.

2. O MOVIMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA

Estimulados pela ruptura da confiança nas instituições jurídicas e inspirados pelo desejo de tornar efetivos - e não meramente simbólicos - os direitos básicos dos cidadãos, que os Professores Mauro Cappelletti e Bryan Garth, na década de 70, resolveram ir muito além dos estudos até então empreendidos sobre o acesso à justiça.

A expressão “acesso à Justiça” é de difícil definição, porém de acordo com os autores, ela se presta para indicar dois objetivos elementares de um ordenamento jurídico: um sistema em que os cidadãos podem reivindicar seus direitos e/ou solucionar seus litígios sob a guarda do Estado. Também destacam que, em primeiro lugar, o sistema deve ser igualmente acessível a todos e, em segundo lugar, ele deve produzir resultados que sejam

individual e socialmente justos. Sem dúvida, uma premissa básica indica que a justiça social, tal como desejada pelas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p.8).

O trabalho dos professores foi delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso à justiça apresentava nas sociedades contemporâneas, recusando-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam a engrenagem da justiça.

Inicialmente, o acesso à justiça correspondia a uma igualdade meramente formal e não material, no sentido de que a Justiça e suas instituições se encontravam à disposição de todos aqueles que as quisessem utilizar. Todavia, na prática, a justiça só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com seus custos. Os estudiosos do direito, assim como o próprio Poder Judiciário, encontravam-se afastados dos problemas reais que eram enfrentados pela maioria da população (CAPPELLETTI; GARTH, 1978. p. 9).

Todavia, o cenário começou a mudar, sendo certo que o próprio conceito de direitos humanos sofreu radical transformação, na medida em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, um caráter coletivo do que individual. Isso porque, as sociedades modernas deixaram para trás a visão individualista dos direitos, típica dos séculos dezoito e dezenove.

De fato, em 1789, com a revolução francesa, prevalecia um Estado de matriz liberal, conferindo-se amplas liberdades aos cidadãos, com uma visão mais individualista dos direitos. Por outro lado, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Estado liberal passou para Estado social, reconhecendo-se novos direitos e, sobretudo, novos valores centrais como a igualdade, a fraternidade e principalmente a dignidade, a qual passou a ser o princípio nuclear das novas Constituições dos Estados soberanos.

Esses novos valores são, antes de tudo, necessários para tornar acessíveis, a todos os cidadãos, os direitos anteriormente proclamados.

Não é por outra razão que os Professores afirmaram que:

[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11-12).

A partir dessas premissas, os autores identificam três ondas reformatórias que visaram superar alguns dos principais obstáculos do efetivo acesso à justiça.

A primeira refere-se aos obstáculos econômicos: a pobreza legal – a incapacidade material que as pessoas têm para utilizar plenamente a justiça e suas instituições – e a falta de recursos como informação e representação jurídica adequada. Para tanto, consolidaram-se tentativas voltadas a oferta de orientação jurídica e assistência gratuita.

A segunda onda é caracterizada pela expansão dos direitos sociais e pela massificação das relações humanas, com a conseqüente propagação de lesões que afetam classes, grupos e até mesmo a sociedade como um todo. Essa segunda onda refere-se, portanto, aos obstáculos organizacionais (ou pobreza organizacional). Trata-se da ineficácia na postulação desses direitos por apenas uma das vítimas lesadas, na exata medida em que o indivíduo isolado é titular de parcela insignificante desse direito e sua demanda dificilmente criará um desincentivo ao infrator. Nesse contexto, essa segunda onda aponta para a criação de mecanismos de coletivização de demandas, como a *civil action* e a ação popular, dentre outras soluções mais específicas adotadas por cada país (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 32-42).

A terceira onda enfrenta o obstáculo processual, que é a inadequação do tradicional processo judicial na resolução de determinados tipos de disputas. Para superar esse obstáculo seria necessário buscar outros mecanismos que se mostrassem mais adequados do que os procedimentos usuais para a resolução das contendas.

Ainda que a arbitragem, a mediação e a conciliação não fossem formas necessariamente novas de lidar com conflitos, haveria novas razões para as sociedades modernas preferirem tais alternativas, razões estas, segundo os autores, umbilicalmente ligadas à própria essência do movimento de acesso à justiça. O fato de que a tutela jurisdicional é, ou pelos menos deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da população (teoricamente, a toda a população), sendo esse o preço do acesso à justiça e da própria democracia, um preço que as sociedades avançadas devem sentir-se dispostas a (e felizes em) pagar.

Portanto, vislumbrou-se na arbitragem, na mediação, na conciliação, dentre outros métodos, a possibilidade de obtenção de resultados qualitativamente melhores do que os do processo judicial, além de maior acessibilidade, maior informalidade e, em alguns casos, custos mais baixos (CAPPELLETTI, 1994, p. 88).

Interessante ressaltar que alguns anos após o estudo realizado pelos professores Cappelletti e Garth, parcela da doutrina sustentava que no Brasil, o interesse pelo tema do acesso à justiça não foi motivado pelas mesmas questões que nortearam o movimento internacional retratado no livro “Acesso à justiça”, conforme breve resumo exposto nos parágrafos anteriores. Durante os anos 70 e 80, o Brasil - tanto em termos da produção acadêmica, como em termos das mudanças jurídicas -, participava da discussão sobre direitos coletivos e informalização dos órgãos de resolução de conflitos; contudo, essas discussões eram provocadas não pela crise do Estado de bem-estar social, como acontecia até então nos países centrais, mas sim pela exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde (JUNQUEIRA, 1996, p. 390).

Na própria obra dos professores Cappelletti e Garth, é possível encontrar a seguinte advertência:

[...] entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação”, tornando-se “lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p.28).

Com relação a esses direitos sociais pertencentes a toda a população, cabe um registro no sentido de que ainda há certa incompatibilidade entre as demandas sociais e coletivas, postuladas pelos movimentos sociais então emergentes, e a configuração do Poder Judiciário, eminentemente formalista e tradicionalmente estruturado para o processamento de demandas individuais e não coletivas.

Por outro lado, ainda parece pertinente adotar o conceito de acesso à justiça como o acesso à “ordem jurídica justa”, tal como sugerido pelo professor Kazuo Watanabe, segundo o qual

[...] a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, 1988. p. 128).

É justamente nesse contexto que a teoria do Tribunal Multiportas se apresenta, com a proposta de ampliar a tradicional concepção de acesso à justiça e, conseqüentemente, de dar maior concretude a esse direito fundamental tão importante nas sociedades democráticas.

Por tais razões é que se passará à análise da teoria em si, identificando suas principais características, para a partir daí, verificar seus possíveis reflexos no âmbito constitucional e infraconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

3. AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA TEORIA DO TRIBUNAL MULTIPORTAS

Frank Sander, professor da Universidade de Direito de Harvard, em 1976 quando do retorno de suas férias, foi surpreendido com um convite do presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, Warren Burger, convidando-o para palestrar sobre resolução de conflitos na *Pound Conference* de 1976. Ao aceitar o convite, preparou-se durante três meses e apresentou a palestra “Variedades de processamento de conflitos” (*Varieties of Dispute Processing*, publicada em *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the future. Saint Paul: Leo Levin & Russell R. Wheeler*, 1979). A partir desse evento as coisas começaram a acontecer, pois conforme afirmou Frank Sander “fui um exemplo típico de quem está no lugar certo, na hora certa” (CRESPO, 2012, p.30).

Interessante ressaltar que o plano de fundo para a criação dessa teoria indicava uma população norte-americana insatisfeita com a administração da justiça daquele país. Em verdade, essa insatisfação vinha desde o começo do século. Isso porque, já em 1906, Roscoe Pound, então reitor da Faculdade de Direito de Harvard, havia proferido uma palestra que evidenciou o anseio popular com o sistema jurídico da nação Americana, gerando um “mal-estar” interno no âmbito do Poder Judiciário Americano que perdurou até a apresentação realizada pelo Professor Frank Sander em 1976, na *Pound Conference* (CRESPO, 2012, p.31).

Quando da criação da teoria o professor Frank Sander também manifestava preocupação com a grande quantidade de processos submetidos ao Poder Judiciário dos Estados Unidos, bem como com o crescimento exponencial da complexidade dos conflitos, de modo que o Judiciário não daria conta de acompanhar essa evolução.

Portanto, dentre outras questões sociais dos Estados Unidos da época, podem-se destacar três principais aspectos que levaram, em última análise, a população Americana a repensar o funcionamento da justiça no país: 1) a insatisfação popular com a

administração da justiça, 2) o crescente número de processos em trâmite perante o Judiciário e 3) a evolução acelerada da complexidade dos conflitos, o que tornaria sua resolução mais difícil.

Assim, pautado na premissa de que o Poder Judiciário não daria conta de resolver de forma adequada todos os conflitos a ele submetidos, seja pelo crescimento quantitativo (aumento do número de processos), seja pelo crescimento qualitativo (aumento da complexidade dos conflitos), Frank Sander propôs a adoção de formas alternativas à clássica via judicial para resolução de conflitos (SANDER, 1979, p. 68).

Primeiramente, apresentou os diversos métodos para a solução de conflitos, sendo eles *screening clerk* (porta 1), mediação (porta 2), arbitragem (porta 3), *fact finding* (porta 4), *malpractice screening panel* (porta 5), corte superior (porta 6) e *ombudsman* (porta 7). A primeira porta (*screening clerk* correspondendo, em tradução livre, ao escrivão de triagem) serviria para realizar uma espécie de “triagem” da lide, com vistas a identificar o método mais apropriado para a solução do caso concreto (SALES e SOUZA, 2011, p. 208).

Essa “triagem” teria como base, essencialmente, cinco critérios.

O primeiro critério seria verificar a natureza da lide. Nesse aspecto, entende o Professor que existem determinados conflitos que, pelas peculiaridades do caso, não possuem uma lógica clara, o que inviabilizaria a efetividade de uma decisão tomada por um terceiro alheio à relação causal, em outras palavras, existem casos em que a solução de maior eficácia seria aquela tomada pelas próprias partes diretamente envolvidas no litígio (SANDER, 1979, p. 73).

O segundo critério diz respeito à análise do relacionamento existente entre as partes, ou seja, se as partes possuem uma vivência anterior ao litígio e invariavelmente terão algum contato após a solução do caso (relações de trato contínuo), ou se o relacionamento entre as partes se instaurou somente em razão de

uma questão pontual, sem qualquer relação anterior (SANDER, 1979, p. 74).

O terceiro é o critério do valor da causa. Sander entende necessário avaliar qual o valor econômico em disputa, a fim de evitar gastos desnecessários com a solução do conflito que ultrapassem o próprio montante que está em jogo. O Professor destaca que, com este terceiro critério, não se pode cometer o mesmo erro em que incorreram os Tribunais de Pequenas Causas (*Small Claims Courts*), hoje juizados especiais, em confundirem menor valor com menor complexidade (SANDER, 1979, p. 79).

O quarto critério está intrinsicamente relacionado com o anterior, pois se trata de quantificar os custos totais com a solução do caso para cada método disponível, como o judiciário, a arbitragem, a mediação, dentre outros. Esse critério se resume na avaliação do binômio custo-benefício, levando-se em consideração as possíveis variáveis entre a eficácia da decisão e os custos do processo.

Por fim, o quinto e último critério proposto consiste em averiguar a celeridade da resolução do conflito, o que estaria condicionado à análise de dados estatísticos para se determinar uma média de tempo para cada método.

Nas palavras do próprio Frank Sander, ao explicar a essência de sua teoria:

a ideia inicial é examinar as diferentes formas de resolução de conflitos: mediação, arbitragem, negociação e "med-arb" (combinação de mediação e arbitragem). Procurei observar cada um dos diferentes processos, para ver se poderíamos encontrar algum tipo de taxonomia para aplicar aos conflitos, e que portas seriam adequadas a quais conflitos (CRESPO, 2012, p.32).

Portanto, fica claro que o cerne da teoria do Tribunal Multiportas consiste em compreender a incapacidade de o Judiciário resolver de forma adequada todos os conflitos a ele submetidos e perceber que o Judiciário não é a única opção (a única porta) apta a solucionar os litígios para, a partir daí,

identificar outros métodos (outras portas) para a resolução mais apropriada de cada caso concreto.

4. A TEORIA DO TRIBUNAL MULTIORTAS: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Tendo-se em mente que uma das premissas da teoria do Tribunal Multiportas é a de apresentar outras formas de solução de conflitos que não a judicial, faz-se necessário analisar, à luz da Constituição de 1988, se no Brasil também se permite a adoção de outros caminhos para a justa composição da lide.

O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que não contempla, ao menos expressamente, a possibilidade de se adotar caminhos alternativos à via judicial.

Não há, portanto, na Carta de 1988, norma expressa que consagre os métodos adequados de solução de conflito.

Para ver preenchida essa lacuna, já se apresentou, em 2015, Proposta de Emenda à Constituição (PEC 108/2015), cujo objetivo seria o de acrescentar o inciso LXXIX, ao art. 5º da Constituição da República, para estabelecer o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental do cidadão e, por conseguinte, incluir entre os deveres do Estado à adoção de tais métodos: “Art. 5º: (...) LXXIX – O Estado estimulará a adoção de métodos extrajudiciais de solução de conflitos”.

Interessante ressaltar que dentre as diversas justificativas apresentadas para a aprovação da referida Emenda Constitucional estão o aumento progressivo de processos e a falta de estrutura do Judiciário para acompanhar esse crescimento, o que estaria tornando o direito fundamental de acesso à Justiça, na prática, ineficaz (justificativa semelhante àquela apresentada pelo Professor Frank Sander quando apresentou sua teoria em 1976). Sustentou-se, também, que é da cultura da sociedade brasileira o culto ao

litígio, justamente pela ausência de espaços institucionais voltados à comunicação de pessoas em conflito (ALVES, 2015, p. 6).

Apesar da tentativa louvável de se elevar ao *status* constitucional os meios adequados de solução de conflitos, a tramitação da mencionada Emenda Constitucional, que já possuía dois pareceres favoráveis da Comissão de Constituição de Justiça, foi arquivada ao final da legislatura em 21/12/2018, nos termos do art. 332 do Regimento interno do Senado Federal, consoante se verifica da tramitação *online* daquela casa legislativa.

Não se olvida que a legislação infraconstitucional posterior à Constituição de 1988, como é o caso do Código de Processo Civil de 2015, prestigiou expressamente os métodos extrajudiciais como a conciliação, mediação e a arbitragem, enfatizando a necessidade de se adotar a autocomposição como um dos meios mais céleres e eficazes para a resolução de determinados conflitos (art. 3º do Código de Processo Civil).

Todavia, em sede constitucional esses temas estão presentes apenas implicitamente, extraídos, por exemplo, do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição da República), incluído pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Nesse aspecto, o próprio parecer da Comissão e Constituição e Justiça, que se manifestou pela constitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional nº 108/2015, confessou que

[...] o Constituinte derivado cometeu um lapso na Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 (a conhecida "Reforma do Judiciário"), ao deixar de elevar ao status constitucional a solução alternativa de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, o que pode ser corrigido, agora, com a aprovação desta proposta (ALVES, 2015, p. 8).

Nessa toada, faria total sentido a aprovação da referida Proposta de Emenda Constitucional a fim de homenagear, explicitamente, esses meios de solução de conflitos, erigindo-os à categoria de direito fundamental e reforçando a necessidade de aplicabilidade

mais intensa desses métodos não só em âmbito judicial como também extrajudicialmente (ALVES, 2015, p. 9).

Por outro lado, é evidente que não deve mais prevalecer a clássica interpretação da doutrina nacional, com base no já citado art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, de que a jurisdição é monopólio do Estado, sob pena de limitar a própria noção de acesso à Justiça.

Nesse mesmo sentido, já sustentou a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrichi, ao afirmar que

o escopo nodal do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é evitar a autotutela, forma primitiva de solução de conflitos pelo exercício arbitrário das próprias razões. A partir do mencionado dispositivo constitucional, porém, não se pode inferir que todo cidadão lesionado ou ameaçado em seus direitos esteja obrigado a ingressar em juízo. Estabelece, tão-somente, que todo aquele que deseje obter a tutela jurisdicional do Estado não será impedido de fazê-lo. Não obsta, porém, que nos limites da disponibilidade de seus direitos violados, as partes alcancem solução autônoma para sua controvérsia, independentemente da supervisão do Estado, de forma a buscarem por conta própria a “harmonia social” e a “solução pacífica das controvérsias” (ANDRIGHI, 2016, p.12).

Também seria possível conferir maior legitimidade à aplicação dos meios adequados de solução de conflitos no sistema jurídico brasileiro a partir da própria ideia de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II da Constituição da República), pois a ausência de proibição expressa na utilização de meios extrajudiciais deve ser interpretada como permissão (ANDRIGHI, 2016, p.13). Até porque, vincular toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão à direito ao necessário crivo do Poder Judiciário, parece ser algo desarrazoado e materialmente impraticável.

Assim, ainda que a Constituição da República de 1988 não tenha contemplado expressamente a possibilidade de se adotar outros meios, que não a via judicial, para a solução de conflitos,

pode-se extrair, de maneira implícita, que é permitido alcançar a solução justa dos conflitos por outros caminhos, mesmo porque não há proibição expressa na Carta Maior nesse sentido.

5. A TEORIA DO TRIBUNAL MULTIORTAS E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Antes de mencionar algumas características da teoria do Tribunal Multiortas presentes na legislação em vigor, é importante observar que tais questões não surgiram, no ordenamento jurídico brasileiro, apenas com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Isso porque, o anterior Código de Processo Civil, datado de 1973, ainda que de forma tímida e velada, previa a possibilidade de o juiz marcar uma audiência com a finalidade de conciliar as partes, a qual também servia para o saneamento do processo (art. 331). Ocorre que a enorme quantidade de causas tramitando perante o Judiciário, somada à falta de capacidade técnica para um juiz fazer uso correto das técnicas de conciliação e/ou mediação, fez com que a referida audiência se tornasse facultativa (NOGUEIRA, 2018, p. 5).

Também vale citar a resolução nº 125 de 2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça. Ainda que se trate de ato administrativo voltado à orientação interna dos integrantes do Poder Judiciário, é inegável a sua contribuição aos meios adequados de solução de conflito, uma vez que lhes conferiu maior destaque e importância.

A mencionada resolução dispõe sobre “a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”. Quando da sua edição, o Conselho Nacional de Justiça levou em consideração, entre outras questões, que “cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade”, com o objetivo de “organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que

possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos”, também registrando “que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios”, contribuindo, ainda, para reduzir “a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças” (CNJ, 2010).

Portanto, a referida resolução, além de admitir que os meios adequados solução de conflito são importantes instrumentos à disposição do Estado para alcançar um dos principais objetivos da Jurisdição, que é a pacificação social, também atribui ao próprio Conselho Nacional de Justiça a responsabilidade de instituir políticas públicas tendentes a conferir um tratamento adequado aos conflitos que surgem na sociedade. Em última análise, o Conselho Nacional de Justiça, enquanto órgão responsável pelo controle da atuação administrativa do Poder Judiciário (art. 103-B, §4º da Constituição da República), reconhece a necessidade de existirem outras portas, para além daquela do Judiciário, disponíveis à sociedade para a solução de seus litígios.

Nesse contexto, e agora direcionando a análise ao Código de Processo Civil de 2015, doravante denominado como CPC, é de se aplaudir o advento desse diploma legal, que, além de introduzir relevantes mudanças de cunho processual, concedeu um pouco mais de espaço aos chamados métodos adequados de solução de conflitos (NOGUEIRA, 2018, p. 6).

A partir de uma leitura despreziosa de seu art. 3º, já seria possível extrair a intenção do legislador em incorporar no ordenamento jurídico brasileiro a ideia de que, muitas vezes, a forma mais adequada para a solução de um conflito pode não ser a judicial. Com efeito, a regra do artigo 3º, *caput*, repete a redação constitucional do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, contida no art. 5º, XXXV da Constituição da República. Todavia, reconhece, no parágrafo 1º, a arbitragem e declara, nos parágrafos 2º e 3º, que é dever do Estado, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, promover e estimular a conciliação, a mediação e outros métodos

de solução consensual de conflitos, indo além, portanto, da norma constitucional.

Corretamente, o Código de Processo Civil não alude à arbitragem, à conciliação e à mediação e a outros métodos como “meios alternativos de solução de conflitos”, mas simplesmente como “métodos de solução consensual de conflitos”. É que a expressão métodos alternativos passou para métodos adequados, tendo em vista que o sistema encarregado de distribuir justiça não constitui uma instituição que comporta apenas uma porta, mas sim várias portas, cada qual apropriada para uma determinada espécie de litígio, razão pela qual se demonstra mais apropriado o emprego da palavra “adequado” e não “alternativo”, guardando, deste modo, maior afinidade com a própria ideia da teoria do Tribunal Multiportas (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 158).

Ademais, as regras contidas no art. 3º do CPC acabam por refletir em toda a lógica do código, conferindo maior autonomia às partes em determinados aspectos do processo. Exemplo disso é a possibilidade de se firmar negócios processuais (art. 190, CPC), bem como de se estabelecer calendário processual (art.191, CPC). Ao juiz também foi entregue a incumbência de dirigir o processo, promovendo, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 139, V, CPC). As atribuições dos conciliadores e mediadores, enquanto auxiliares do juízo, vêm disciplinadas nos arts.165 a 175, CPC (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 158).

Outra questão muito interessante, que também revela a intenção do legislador em inserir a lógica da teoria do Tribunal Multiportas no ordenamento jurídico pátrio, adaptando-a à realidade brasileira, é a regra do artigo 334 do CPC, que prevê a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou de mediação antes mesmo de o réu apresentar sua contestação.

Repise-se a afirmação de adaptação da ideia à realidade brasileira, eis que o raciocínio proposto pelo professor Frank

Sander era o de criar um “centro abrangente de solução de conflitos” prévio, e não posterior, ao ingresso da demanda no Poder Judiciário. Ou seja, a 1ª porta (*screening clerk* – escrivão de triagem, em tradução livre) serviria justamente como uma “triagem” da lide, identificando as principais características do caso, para então direcioná-lo à próxima porta que poderia oferecer a solução mais adequada ao conflito, tal como descrito no início do presente trabalho.

De todo modo, no Brasil, ainda que já se tenha havido a provocação ao Poder Judiciário, é de bom grado a regra do art. 334, caput do CPC, cuja redação é clara:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Trata-se, portanto, de um dever, e não de uma faculdade, do magistrado designar a audiência prévia, desde que a petição inicial contenha os requisitos essenciais e não seja o caso de improcedência liminar do pedido.

Analisando o art. 334 do CPC em interpretação sistemática com as regras do art. 165, parágrafos 2º e 3º do mesmo diploma legal, constata-se que a audiência preliminar será de mediação nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes e de conciliação quando inexistir tal vínculo. Há quem defenda, ainda, que a audiência deve ser realizada no “centro judiciário de solução consensual de conflitos” e conduzida, a depender do caso concreto, pelo mediador ou conciliador, sem a participação e presença do juiz da causa, tudo com base na redação do art. 165 do CPC (NETO, 2015, p. 231).

Essas regras contidas nos parágrafos 2º e 3º, do art. 165, do CPC, indicam mais um ponto em comum com a teoria do Tribunal Multiportas, tendo em vista que um dos critérios criados pelo professor Frank Sander para identificação das principais

características do conflito foi justamente o de averiguar o relacionamento existente entre as partes: se de trato contínuo (com vínculo anterior) ou não (sem vínculo anterior), conforme descrito no tópico “3” do presente estudo.

Com efeito, o réu será citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação – e não para contestar, como ocorria no Código anterior. O objetivo é evitar a discussão do mérito propriamente dito, com o possível agravamento do conflito. A realização da referida audiência é a regra para o procedimento comum, sendo a presença das partes obrigatória. Tanto é que a ausência injustificada de qualquer das partes, que devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos (art. 334, §9º, CPC), representa ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionada com multa, aplicada pelo juiz, de até 2% sobre a vantagem econômica pretendida ou sobre valor da causa, sendo revertida em favor da União ou do Estado, conforme se lê do art. 335, §8º, do CPC (NETO, 2015, p. 245).

O próprio artigo 334 prevê as hipóteses em que a audiência não será realizada: quando o direito não seja passível de autocomposição (art. 334, §4º, II, CPC) ou quando as duas partes manifestarem, expressamente, o desinteresse na sua realização (art. 334, §4º, I, CPC).

Havendo litisconsórcio, será necessário que todos os respectivos litisconsortes manifestem o desinteresse na realização da audiência para que ela seja dispensada (art. 334, §6º, CPC). Caso um deles não se pronuncie ou, por outro lado, requeira sua realização, a audiência deverá ser realizada (NETO, 2015, p. 246).

Como se vê, no Código de Processo Civil em vigor a audiência de mediação e conciliação é a regra e apenas excepcionalmente não será realizada. Talvez o objetivo do legislador foi justamente o de implementar no ordenamento jurídico pátrio, ainda que de forma adaptada ao contexto brasileiro, o modelo proposto pela teoria do Tribunal Multiportas, levando as partes, por conseguinte, a terem contato direto com as técnicas de conciliação e/ou mediação logo no início do feito. (NETO, 2015, p. 248).

Ainda que a regra do artigo 334 do CPC seja cristalina, a doutrina e a jurisprudência divergem sobre o tema, defendendo alguns pela obrigatoriedade do ato quando somente uma das partes manifeste desinteresse e outros pela não obrigatoriedade, quando qualquer das partes informar que não possui interesse na realização da audiência de conciliação ou mediação.

O professor Fredie Didier Junior segue a linha mais legalista, defendendo que

o legislador preferiu não impor a audiência no caso em que ambas as partes manifestam expressamente o seu desinteresse. A solução parece ser boa: elimina a possibilidade de a audiência não se realizar porque apenas uma parte não a deseja, mas ao mesmo tempo respeita a vontade das partes no sentido de não querer a autocomposição, o que está em conformidade com o princípio do autorregramento da vontade e com o princípio da cooperação” (Didier, 2016, p. 632).

Em sentido oposto, Daniel Amorim Assumpção Neves sustenta:

a exigência de que o desinteresse na realização da audiência seja manifestado de forma expressa por ambas as partes é uma triste demonstração do fanatismo que tem tomado conta do âmbito doutrinário e legislativo a respeito da solução consensual do conflito. Como diz o ditado popular, “quando um não quer, dois não fazem”, de modo que a manifestação de uma das partes já deveria ser suficiente para que a audiência não ocorresse. (...) O Novo Código de Processo Civil não obriga às partes a fazerem a mediação ou a conciliação, mas apenas obriga a parte que não pretende, ao menos inicialmente, resolver o conflito dessa forma a comparecer à audiência. A obrigatoriedade de presença, até mesmo sob pena de sanção pecuniária, é bem diferente da obrigatoriedade de se resolver o conflito pela via consensual. Trata-se, insisto, de infeliz opção legislativa, mas que deve ser respeitada (NEVES, 2017, p. 649).

O tema é controvertido, inclusive, no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, podendo-se encontrar julgados que, a depender do caso concreto, concluem tanto pela obrigatoriedade da audiência quanto pela não obrigatoriedade.

Veja-se, a propósito, trecho de acórdão que, reconhecendo a divergência sobre a temática, entendeu não ser obrigatória a realização da audiência:

Aduz o Apelante afirmando que teve seu direito de defesa cerceado, na medida em que entende que a designação de audiência de conciliação ou mediação é obrigatória. Entendo que embora haja divergência acerca do assunto, não há obrigatoriedade do julgador designar a audiência de conciliação ou mediação, ainda mais quando notar a ausência de interesse de uma das partes na composição. (STJ. AREsp 1467685. Relatora: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Data da Publicação: 28/05/2019)

Por outro lado, veja-se agora, trecho de acórdão, do mesmo Tribunal da Cidadania, que mantém incólume a regra do art. 334, do CPC:

O novo Código de Processo Civil criou um sistema de incentivo à auto composição e uma das medidas adotadas neste sentido foi o estabelecimento da regra geral da obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação, a ser designada nos termos do art. 334. O comparecimento a tal audiência tem natureza de dever jurídico, somente afastado nas estritas hipóteses do § 4º do art. 334 do CPC, vale dizer que só não será realizada: se houver manifestação de todas as partes processuais optando pela não realização (na inicial, pelo autor, e em petição avulsa, 10 dias antes da data designada para a audiência, pelo réu, conforme preceitua o parágrafo 5º do mesmo artigo), ou se a questão posta em juízo versar sobre direito material sobre o qual não se admita autocomposição. Não há margem para se afastar, no curso do processo, a referida audiência pela manifestação expressa de apenas uma das partes, mesmo se sabendo que será ela infrutífera se um dos litigantes recusar desde logo a solução conciliatória. Então, fora as hipóteses do inciso II do art. 4º do CPC, a audiência somente será evitada se ambas as partes

manifestarem expressamente sua vontade em não conciliarem, sempre por escrito. Assim, se uma das partes tiver interesse na conciliação, o outro é obrigado a comparecer ao ato, sob pena de multa! A regra processual vigente é clara quanto à obrigatoriedade do comparecimento das partes na audiência conciliatória designada. (STJ. AREsp 1324372. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Data da Publicação 30/08/2018).

Portanto, muito embora o art. 334 do CPC traga expressamente a regra geral para a realização da audiência de conciliação ou mediação e também discipline quais são as exceções à referida regra, fato é que sua aplicabilidade ainda apresenta divergência nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial.

Encerrada a análise das principais regras contidas no Código de Processo Civil que revelam alguns aspectos da teoria do Tribunal Multiportas introduzidos no Processo Civil brasileiro, passa-se à identificação de outra “porta” prevista na teoria do professor Frank Sander e introduzida no ordenamento jurídico pátrio, antes mesmo da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, que é a da arbitragem, instituída através da Lei nº 9.307 de 1996.

Com essa lei, a ordem jurídica brasileira reconhece a possibilidade de pessoas capazes solucionarem seus litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis mediante arbitragem.

A respeito da arbitragem, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, pautado no princípio da autonomia da vontade, já reconheceu a constitucionalidade do referido método de solução de conflitos, no julgamento realizado em 12.12.2001, assentando que

a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF (AgRg na SE 5.206/EP, relator Min. Sepúlveda Pertence).

O próprio Código de Processo Civil de 2015, além de reconhecer a arbitragem como meio de solução de conflito (art. 3º, §1º, CPC), também prevê que se determinada questão for submetida ao Poder Judiciário, cuja solução deve ser arbitral por conta da existência de convenção de arbitragem, o interessado deve arguir a existência de convenção na contestação (art. 337, X, CPC), sob pena de sua omissão implicar em aceitação do processo judicial e renúncia ao juízo arbitral (art. 337, § 6º, CPC).

Da decisão que rejeita no todo ou em parte a alegação de convenção de arbitragem cabe agravo de instrumento (art.1.015, III, CPC), ao passo que da decisão que acolhe extinguindo o processo, cabe apelação (art. 1.009, CPC).

Uma segunda “porta” em comum entre a teoria do Professor Frank Sander e o ordenamento jurídico brasileiro é a mediação.

Vale recordar que, malgrado a mediação seja mencionada no Código de Processo Civil, o legislador cuidou de discipliná-la por meio de lei específica, a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

O conceito legal de mediação vem previsto no parágrafo único do art. 1º da mencionada lei, segundo o qual

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Saliente-se, ainda, que a mediação pode ocorrer tanto no âmbito judicial como extrajudicialmente.

Assim, diante do breve estudo realizado, é possível afirmar que atualmente existem no ordenamento jurídico brasileiro, além do Poder Judiciário, outras três principais “portas” de solução de conflitos, sendo elas a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Nesse contexto, preocupando-se com um estudo mais pragmático e menos teórico do direito, passa-se à análise das principais demandas em trâmite perante o Poder Judiciário brasileiro, a partir de dados oficiais fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

6. O excesso de judicialização: quais as principais demandas em trâmite no Brasil?

Com vistas a dar maior concretude ao presente trabalho, até mesmo para compreender melhor a dimensão da contribuição que a teoria do Tribunal Multiportas poderia proporcionar na resolução adequada dos litígios da sociedade brasileira, realiza-se no presente tópico um breve exame de dados estatísticos sobre a litigiosidade do Brasil, fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (doravante denominado de CNJ), através do relatório “Justiça em números” de 2019, cujo ano base é de 2018.

Oportuna a referida análise inclusive para se ter uma ideia não só da quantidade de processo em trâmite, mas principalmente para entender quais as matérias que mais frequentam o Poder Judiciário brasileiro.

Inicialmente, verifica-se que Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Ocorre que desse total, 14,1 milhões de processos, ou seja, 17,9%, encontram-se suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Logo, conclui-se que ao final do ano de 2018 existiam, em andamento, 64,6 milhões ações judiciais.

Quanto às ações novas, depreende-se do relatório que no ano de 2018 ingressaram 28,1 milhões de processos, ao passo em que foram finalizados 31,9 milhões (CNJ, 2019. p. 219).

O relatório informa ainda que em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato uma redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais. Segundo o CNJ, esse resultado deriva de um crescimento na quantidade de processos baixados, bem como em razão da redução

da entrada de novos processos. Assim, o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que mede a relação entre o que se baixou e o que ingressou, no ano de 2018 foi de 113,7% (CNJ, 2019. p. 79).

O CNJ revela que para zerar o estoque do Poder Judiciário como um todo, na hipótese de não haver ingresso de novas demandas e se fosse mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 6 meses de trabalho. Esse indicador é denominado de “Tempo de Giro do Acervo”, sendo que para Justiça Estadual é de 2 anos e 10 meses, para a Justiça Federal é de 2 anos e 4 meses, para a Justiça do Trabalho é de 1 ano e 1 mês, para Justiça Militar Estadual é de 7 meses e para os Tribunais Superiores é de 11 meses.

Ademais, verifica-se do relatório que o resultado global do Poder Judiciário reflete quase diretamente o desempenho da Justiça Estadual, tendo em vista que é nessa Justiça que se encontram 80% dos processos pendentes. A Justiça Federal concentra 12,8% dos processos e a Justiça do Trabalho 6,2%. Os demais segmentos juntos acumulam 1% dos casos pendentes. (CNJ, 2019. p. 80)

Com relação às ações novas, a Justiça Estadual também se destaca, na medida em que comporta aproximadamente 70% do total de processos ingressados no Poder Judiciário em 2018. Os assuntos são diversos, sendo que o tema Direito Civil aparece entre os cinco com os maiores quantitativos de processos em todas as instâncias da Justiça Estadual. (CNJ, 2019, p. 204)

Por tais razões, demonstra-se a necessidade de realizar um recorte na presente análise, levando-se em consideração somente a Justiça Estadual, tendo em vista a maior quantidade de processos nela concentrados, seja em relação à totalidade dos processos em trâmite no Judiciário (aproximadamente 80% do total), seja em relação ao ingresso de novas ações (aproximadamente 70% das ações novas).

Dentre as ações novas que ingressaram no ano de 2018 na Justiça Estadual, verifica-se que os cinco assuntos mais recorrentes são referentes a direito civil e direito do consumidor, sendo que os

temas em específicos, na ordem de colocação, são: 1º Obrigações/Espécies de Contratos (Direito Civil), 2º Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral (Direito do Consumidor), 3º Família/Alimentos (Direito Civil), 4º Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral (Direito Civil) e 5º Obrigações/Espécies de Títulos de Crédito (Direito Civil).

CONFIRA-SE A TABELA FORNECIDA PELO CNJ QUE ILUSTRA ESSA CLASSIFICAÇÃO:			
ESTADUAL	1. DIREITO CIVIL	Obrigações / Espécies de contratos	1.582.067 (3,81%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDARO	Responsabilidade do Fornecedor / Indenização por Dano Moral	1.554.376 (3,74%)
	3. DIREITO CIVIL	Família / Alimentos	860.228 (2,07%)
	4. DIREITO CIVIL	Responsabilidade Civil / Indenização por Dano Moral	789.071 (1,90%)
	5. DIREITO CIVIL	Obrigações / Espécies de Títulos de Créditos	781.192 (1,88%)
Fonte: CNJ, 2019, p. 205.			

Interessante ressaltar que, ao analisar os últimos 5 anos (2018, 2017, 2016, 2015 e 2014), com relação aos assuntos mais demandados no âmbito da Justiça Estadual, constata-se que os quatro primeiros temas da tabela acima sempre estiveram no topo da lista, dentre os primeiros cinco colocados.

Portanto, tendo em vista que de 100% dos conflitos em trâmite perante o Poder Judiciário, aproximadamente 80% se encontram

no âmbito da Justiça Estadual e que, nos últimos 5 anos foram sempre os mesmos quatro temas que permaneceram na lista dos assuntos mais demandados nessa justiça, é inegável que essas matérias merecem maior atenção na administração da justiça, mormente por representarem os assuntos mais frequentes no último quinquênio e na seara judicial que abriga a maior quantidade de processo.

Assim, a partir dessa breve observação, sobretudo considerando a temática dos conflitos que mais ingressam no Judiciário, é possível afirmar que há um grande “público em potencial” a ser explorado pela teoria do Tribunal Multiportas e, conseqüentemente, pelos métodos adequados de solução de conflitos, no mínimo, para duas de suas “portas”, a conciliação e a mediação, as quais já estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, consoante já exposto no presente trabalho.

Entretanto, lê-se do relatório de 2019 que a conciliação, apesar de ser uma política permanente do CNJ desde 2006, apresenta lenta evolução. Em 2018 foram somente 11,5% de processos solucionados via conciliação. De 2015 a 2018 o índice de conciliação cresceu apenas 0,5 ponto percentual.

Talvez esse pequeno avanço se deva às dificuldades enfrentadas pelo Judiciário em aplicar a alteração promovida pelo Código de Processo Civil de 2015, que tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, conforme já demonstrado no item “5” do presente estudo.

Por outro lado, um dado positivo que provavelmente contribuirá com o avanço desse percentual da conciliação é o crescimento da estrutura dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) em 66,4% em três anos - em 2015 eram 654 e em 2018 são 1.088 (CNJ, 2019. p.220).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após uma atenta análise das principais características da teoria do tribunal multiportas em cotejo com as normas constitucionais

e infraconstitucionais brasileiras, é possível afirmar que a teoria não foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, tal como concebida pelo Professor Frank Sander. Entretanto, admite-se a conclusão de que ela foi parcialmente introduzida no Brasil, mormente por existirem na legislação pátria, além do Judiciário, três das sete “portas” identificadas por Frank Sander: a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Por outro lado, o breve exame dos dados estatísticos fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, além de demonstrar quais os temas mais demandados no Judiciário brasileiro, revela a existência de um grande número de conflitos que podem ser explorados e resolvidos pelos métodos adequados de solução de conflitos, na exata medida em que as matérias tratadas nessas lides comportam a utilização dos métodos extrajudiciais.

Saliente-se que desta forma estar-se-ia caminhando para uma gestão e organização mais lógica da solução dos conflitos da sociedade brasileira, de modo a proporcionar não só a diminuição dos processos em trâmite perante o Poder Judiciário, mas principalmente de entregar aos cidadãos uma tutela mais adequada e célere de seus direitos. Até porque, seria utópico crer que o Poder Judiciário possa cumprir sozinho com a missão de resolver todos os conflitos da sociedade brasileira de forma célere, eficaz e adequada.

Ademais, verifica-se que a teoria do tribunal multiportas se trata, em última análise, de uma importante alternativa para a correta utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, tornando-os instrumentos aptos para alcançar o principal objetivo da jurisdição que é a pacificação social.

Assim, ainda que se encontrem dificuldades materiais de instituir novos métodos adequados de solução de conflitos e de se aplicar corretamente os já existentes no sistema jurídico brasileiro, não se pode cerrar os olhos para a latente eficácia de tais métodos, os quais além de proporcionarem soluções mais céleres e adequadas para determinadas espécies de conflitos, contribuem para a nova noção e amplitude de acesso à justiça.

Portanto, tudo leva a crer que a teoria do tribunal multiportas mostra-se como um instrumento hábil à pacificação dos conflitos na sociedade moderna.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ALVIM, Arruda, A. Comentários ao código de processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547222239/pageid/263>.

Andrighi, Fátima Nancy. A paz social na Constituição de 1988: o preâmbulo da Constituição como porta de acesso à mediação. Disponível em: [www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/jurisducao-constitucional-a-paz-social-na-constituicao-de-1988-o-preambulo-da-constituicao-como-portade-acesso-a-mediacao]. Acesso em: 25.08.2019.

Nascimbeni, Asdrubal Franco. Os meios extrajudiciais de solução de conflitos como forma adequada de pacificação social e a tendência à desjudicialização. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 52/2017. p. 221 - 258. Jan - Mar/2017. DTR\2017\491.

BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 24, set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 30.08.2019.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30.08.2019.

BRASIL. Lei n.º 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; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 29 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 30.08.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento em recurso especial nº 1467685. Mauro Sanson e Euclides de Carli. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Data da Publicação 28.05.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento em recurso especial nº 1324372. Sicoob Cocred Cooperativa de Crédito e Martha Fachin. Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Data da Publicação 30.08.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento em agravo regimental na sentença estrangeira nº 5.206/EP. MBV Commercial and export management establishment e Marcia Serra Negra e outros. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Data da Publicação 08.05.1997.

Cabral, Thiago Dias Delfino. Os comitês de resolução de disputas (dispute boards) no sistema multiportas do código de

processo civil. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 59/2018. p. 33 – 53. Out - Nov/2018. DTR\2018\22472.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Relatório de abertura do Simpósio Jurídico W. G. Hart sobre a justiça Civil e suas alternativas, realizado em Londres, no institute of legal Advanced Studies, em 7-9.7.92, traduzido do inglês por J. C. Barbosa Moreira. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079670/mod_resource/content/1/2.1.%20Cappelletti%20Os%20metodos%20alternativos.pdf. Acesso em: 27.08.2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-970-0236-2/epubcfi/6/46\[vnd.vst.idref=chapter16\]!/4/452@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-970-0236-2/epubcfi/6/46[vnd.vst.idref=chapter16]!/4/452@0:0). Acesso em: 29.08.2019.

CNJ, Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018.

CUNHA, J. S. Fagundes. Da mediação e da arbitragem endoprocessual. Gênesis - Rev. de Direito Processual Civil, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 18. ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2016. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 2008.

Donizetti, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

Greco, Leonardo. Instituições de processo civil, volume I/. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Hachem, Daniel Wunder. Crise do poder judiciário e a venda do sofá. o que a administração e a advocacia pública têm a ver com

isso? Crise Econômica e Soluções Jurídicas. num. 301/2016. Abr/2016. DTR\2016\4608.

JUNQUEIRA, Eliane. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 18, p. 389-401, 1996.

Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sergio Cruz; Mitidiero, Daniel. Novo Código de Processo civil comentado. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NETO MARX, Edgard Audomar, Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior / organização Edgard Audomar Marx Neto. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Página 238 a 251. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982324/>.

Neto, João Luiz Lessa. O novo cpc adotou o modelo multiportas!!! e agora?! Revista de Processo. vol. 244/2015. p. 427 - 441. Jun./2015. DTR\2015\9714.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume Único. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

Nogueira, Gustavo Santana e Nogueira, Suzane de Almeida Pimentel. O sistema de múltiplas portas e o acesso à justiça no brasil: perspectivas a partir do novo código de processo civil. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 1/2018. Revista de Processo. vol. 276/2018. p. 505 – 522. Fev./2018. DTR\2018\8440.

PARECER CNE/CES Nº: 635/2018. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/outubro-2018-pdf-1/100131-pces635-18/file>. Acesso em: 29.08.2019.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução de José Carlos. Barbosa Moreira. Revista de Processo. REPRO, São Paulo, ano 23, n. 91. jul./set. 1998.

PORTARIA Nº 1.351, DE 5 DE DEZEMBRO DE 2018.
Disponível em
http://www.in.gov.br/materia//asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/54032995/do1-2018-12-07-portaria-n-1-351-de-5-de-dezembro-de-2018-54032830. Acesso em: 29.08.2019.

Resolução CNE/CES 5/2018. Diário Oficial da União, Brasília, 18 de dezembro de 2018, Seção 1, p. 122. Republicada no Diário Oficial da União, Brasília, 19 de dezembro de 2018, Seção 1, pp. 47 e 48. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104111-rces005-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 29.08.2019.

SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. Direitos fundamentais & justiça, ano 5, n. 16, jul.-set. 2011.

SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, Leo; WHEELER, Russel (Ed.). The Pound Conference: perspectives on justice in the future. St. Paul: West Publishing, 1979.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

Wantanabe Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Organizadores: Flavio Luiz Yarshell e Mauricio Zanoide de Moraes. São Paulo: dpj, 2005.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

DEFENSORIA PÚBLICA: GARANTIDORA DO ACESSO À JUSTIÇA AO HIPOSSUFICIENTE ECONÔMICO E INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Robson Aparecido Machado

Resumo: O presente artigo refere-se à atribuição da Defensoria Pública como instituição de garantia de acesso à justiça à população carente, bem como de promoção dos direitos humanos. A noção de acesso à justiça não pode ser interpretada de forma reduzida, como mero acesso ao judiciário, mas de forma ampla, na realidade de um Estado Democrático e Social de Direito. A Defensoria Pública tem como escopo a transformação social por meio da assistência jurídica individual ou coletiva, bem como orientação extrajudicial, sempre em busca da justiça social. A Defensoria Pública também tem legitimidade para atuar nas ações coletivas, independente da condição econômica, já que além da atribuição do acesso à justiça do hipossuficiente econômico, ela também tem atribuição de promoção dos direitos humanos.

Palavras-chave: Defensoria Pública; Acesso à justiça; Direitos humanos.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, procurou-se resgatar no Brasil, o chamado *Welfare State*, o Estado de Bem-Estar Social, modelo este já tentado em outras constituições brasileiras, principalmente a partir da Constituição de 1934, com a inserção de direitos trabalhistas, porém, este modelo ficou na utopia com o

processo de modernização do século XX, o qual preferiu o progresso em detrimento da justiça social.

Este modelo do Estado do Bem-Estar Social diverge do Estado Liberal, já que naquele o Poder Executivo passa a ser o protagonista na efetivação dos direitos fundamentais sociais, individuais ou coletivos, sendo chamado de Estado-Providência, porém, ao longo do tempo, verificou-se a incapacidade do Poder Executivo prover esta efetivação, passando o protagonismo para o Poder Judiciário, através do fenômeno da judicialização. Assim, diante da omissão do Estado em garantir os direitos fundamentais sociais aos cidadãos, o Poder Judiciário é provocado para obrigar o Estado a cumprir com sua função.

Desta forma, para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, na inércia do poder executivo, é necessário que o poder executivo seja interpelado judicialmente e, nesse contexto, o direito fundamental do Acesso à Justiça torna-se imprescindível.

Nesse sentido, surge a Defensoria Pública com o *mínus* público de garantir à população carente o acesso à justiça, com orientação e defesa jurídica e a todos os cidadãos a promoção dos direitos humanos.

2. ACESSO À JUSTIÇA

2.1 Conceito

O conceito de acesso à Justiça usualmente empregado não abrange a justiça social, restringindo-se à necessidade de garantir a todos o ingresso em juízo.²⁵ O acesso à justiça necessita ser muito mais do que a possibilidade de todos, inclusive os mais carentes, ingressarem com ações no poder judiciário. É mister que seja garantido também a efetividade deste acesso à justiça de forma justa.

Neste sentido é o conceito de Cappelletti e Garth:

[...] expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídica – o sistema pelo

qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.²⁶

Portanto, uma assistência jurídica adequada que garanta o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, todos esses princípios constitucionais devem ser efetivamente garantidos, em vista de uma solução justa.

Com efeito, talvez a melhor definição de acesso à justiça seja de José Chicocki Neto:

Nessa perspectiva, a expressão acesso à justiça engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que enforca o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico: mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.²⁷

Neste aspecto a Defensoria Pública é a instituição que efetiva o dever do Estado de oferecer a assistência judiciária gratuita a uma parcela necessitada da população, não apenas no aspecto formal, mas materialmente, visando sempre uma efetividade na prestação jurídica.

2.2 Evolução histórica

Antes do início do século XX, mesmo após as ideais iluministas dos séculos XVIII e XIX, existia apenas o acesso à justiça formal, já que prevalecia o não intervencionismo estatal e não havia um compromisso pela assistência jurídica junto à população. Naqueles tempos, do Estado liberal, vivia-se a ideologia econômica chamada

de *laissez-faire*, onde o mercado devia funcionar livremente, sem nenhuma interferência.

Desta forma, somente aqueles que possuísem uma boa condição econômica poderia arcar com as custas processuais, já que o Estado em nada contribuía. Assim, apenas uma parcela da população, a elite econômica, tinha o acesso à justiça.

Assim, existia uma igualdade de direito, porém, não de fato, já que o acesso à justiça era tão somente formal indo de encontro as ideias democráticas daquele momento histórico de “liberdade, igualdade e fraternidade”, apregoados pela Revolução francesa, de 1789.

Nesse sentido, Cappelletti e Garth, afirmam que em razão da política individualista do Estado liberal, o direito “ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”.²⁸

Todavia, principalmente, com as atrocidades nazistas durante a segunda guerra mundial, houve uma transformação radical nos direitos humanos deixando de lado a visão individualista para uma visão coletiva dos deveres sociais estatais. Passou-se a perceber que era imprescindível uma participação positiva do Estado como garantia da efetividade dos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos, inclusive o direito de acesso à justiça.²⁹

Destaca-se que a partir da década de sessenta, iniciou-se um movimento com enfoque na efetivação do acesso à justiça. Cappelletti e Garth, dividiram em três fases, denominadas de ondas renovatórias de acesso à justiça, quais sejam: a) a assistência judiciária; b) representação para os direitos difusos e: c) enfoque de acesso à justiça.

A primeira onda diz respeito à assistência judiciária gratuita para aqueles que não podem custear o processo e tampouco pagar os honorários advocatícios. Já a segunda onda buscou a representação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos cidadãos. A terceira onda ter por escopo tornar a justiça mais acessível através de meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.³⁰

Com efeito, no Brasil, a primeira onda renovatória de acesso à justiça efetivou-se com a entrada em vigor da Lei nº 1.060/1950, e hodiernamente com a instituição da Defensoria Pública, por meio da Lei Complementar nº 80/1994.

Já com relação à segunda onda renovatória de acesso à justiça, no Brasil, destaca-se os avanços na tutela dos interesses metaindividuais, com o advento da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. Também se destacam com relação à terceira onda renovatória de acesso à justiça no Brasil, os juizados especiais e os meios alternativos de solução de conflitos.

2.3 Obstáculos do acesso à justiça

Em contraponto ao efetivo acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth identificam algumas barreiras que prejudicam e dificultam este acesso, a saber: a) as custas judiciais; b) a possibilidade das partes e; c) os problemas especiais dos interesses difusos.

Com relação as custas judiciais, principalmente no Brasil e outros países que adotam o princípio da sucumbência, estes autores afirmam o seguinte:

Nesse caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer – o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo – ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o verificado nos Estados Unidos. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes.³¹

Os honorários advocatícios é a maior despesa individual aos litigantes. Desta forma, pessoas ou organizações com poucos recursos financeiros têm desvantagens ao propor ou defender demandas.

Nesta linha de barreiras que dificultam o acesso à justiça, não se pode esquecer da duração do processo, já que a demora na solução dos litígios “aumenta os custos para as partes e pressiona os

economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles que teriam direito”. ³²

Já com relação a possibilidade das partes, expressa-se que alguns litigantes tem vantagens na solução do litígio. Nesse sentido, três elementos são essenciais para esta afirmação: a) recursos financeiros; b) capacidade jurídica e; c) frequência de encontros com o sistema judicial.

No Brasil, os cidadãos menos favorecidos economicamente, mesmo quando têm direito a algo, mostram-se arredios e desconfiados. “Em decorrência disso, não procuram assistência jurídica gratuita, não buscam a solução do conflito por meio de juizados especiais e muito menos promovem a cabível ação legal”. ³³

Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos, afirma:

(...) dois fatores parecem explicar esta desconfiança ou esta resignação: por um lado, experiências anteriores com a justiça de que resultou uma alienação em relação ao mundo jurídico (uma reação compreensível à luz dos estudos que revelam ser grande a diferença de qualidade entre os serviços advocatícios prestados às classes de maiores recursos e os prestados às classes de menores recursos), por outro lado, uma situação geral de dependência e de insegurança que produz o temor de represálias se se recorrer aos tribunais. ³⁴

A barreira da capacidade jurídica “pessoal” está ligada à informação, educação, meio e *status* social. ³⁵ Assim, conclui-se que o obstáculo de acesso à justiça não é somente o financeiro, mas também o psicológico e o cultural.

A informação é primordial e necessária, porém, o baixo grau de escolaridade dos brasileiros impede que grande parte da população conheça seus direitos e a forma de ajuizar uma demanda. A informação

Outra barreira a ser transposta é a psicológica, já que a população exerce uma certa desconfiança sobre os advogados, principalmente entre os menos favorecidos economicamente.

Também, todo o formalismo processual, temor aos juízos e ao ambiente dos tribunais é um empecilho para o acesso à justiça.

Com relação a frequência de encontros com o sistema judicial tem se os litigantes habituais e os eventuais. Os habituais têm vantagens sobre os eventuais, já que estão acostumados com o ambiente forense.

Os problemas especiais dos interesses difusos tem como barreira a pulverização dos interessados, a falta de informação e organização para pleitear seus direitos.

Por fim, a questão da etnia e do gênero também tem se demonstrado como um obstáculo ao acesso à justiça, principalmente na justiça criminal, já que conforme Sérgio Adorno “a condição da pobreza constitui requisito para condenação e cumprimento de pena” e acrescenta que “os negros parecem ainda mais vulneráveis que os brancos à sanção punitiva. A cor revela-se grande obstáculo ao acesso à justiça criminal.”³⁶

A barreira de acesso à justiça com relação ao gênero, no Brasil, a violência contra a mulher e a homofobia tem crescido assustadoramente e, em que pese a Lei Maria da Penha ter como função primordial a proteção da mulher, esta não é garantia de guarida, pois, a eficácia desta lei ainda deixa muito a desejar.

Assim, as defensorias públicas tem o significativo papel, como instituição incumbida de prestar assistência jurídica aos necessitados, de propiciar o reconhecimento e a efetividade de direitos, bem como o exercício da cidadania.

Com efeito, a atuação da Defensoria Pública é essencial na efetivação do acesso à justiça, apresentando elementos capazes de combater os obstáculos ao acesso e à efetividade da tutela jurisdicional.

O acesso à justiça aos hipossuficientes é um direito individual, verdadeira cláusula pétrea que não pode ser objeto de supressão nem mesmo por meio de emenda constitucional. O foco da Defensoria Pública é o Acesso à Justiça e não somente o acesso ao judiciário.

3. DEFENSORIA PÚBLICA

3.1 Assistência Jurídica nas Constituições Brasileiras

“O tribunal está fechado para os pobres”, com esta frase de Ovídio, José Afonso da Silva quer ressaltar que a Defensoria Pública veio para abrir o tribunal aos pobres. ³⁷

Na Constituição de 1824 não existia nenhum dispositivo que assegurasse a assistência judiciária, já a Constituição de 1891, em seu artigo 72, §16, trouxe uma centelha desta garantia:

Aos accusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas.

A Constituição de 1934 teve como características marcantes os direitos sociais e econômicos, bem como o voto secreto e o direito ao voto feminino. Desta forma trouxe a previsão da criação de órgãos especiais de assistência judiciária aos hipossuficientes, conforme disposto no artigo 113, inciso XXXII, “*A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando para esse effeito, órgãos especiaes, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e sellos*”.

O governo de Getúlio Vargas para manter-se no poder através da ditadura, elaborou a Constituição de 1937, alcunhada de Constituição polaca, a qual previa censura prévia e permitia violação aos direitos fundamentais, com desequilíbrio nos poderes, já que o poder executivo estava em alta. Com relação à assistência judiciária esta Constituição não trouxe novidades, porém, o Código de Processo Civil de 1939 reafirmou a garantia da assistência judiciária.

Com o fim da segunda guerra mundial, o mundo passou a respirar os ares dos direitos humanos com forte repúdio à violação aos direitos fundamentais. Assim, a Constituição de 1946 teve como característica principal a redemocratização, com previsão da

função social da propriedade e ampla proteção aos direitos individuais. Com relação à assistência judiciária dispôs que “O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”, conforme o artigo 141, §35.

Com o golpe militar em 1964, onde os militares tomaram o poder e destituíram João Goulart, instituiu-se a Constituição de 1967, com características ditatoriais, desequilíbrio entre os poderes e o poder executivo exercendo um superpoder, com violação e restrição a direitos fundamentais. Em seu artigo 150, §32, previu que “será concedida assistência judiciária aos necessitados na forma da lei”.

Em 1969, houve uma emenda constitucional, onde alguns dizem tratar-se de uma nova Constituição, porém, como não houve nenhum fato histórico, não se trata de nova constituição, senão de emenda constitucional. Esta emenda foi editada por uma junta militar autoritária e, com relação a assistência judiciária manteve o disposto na Constituição de 1967.

A atual Constituição de 1988, alcunhada de Constituição Cidadã teve como causa o desejo de reconstrução do regime democrático, com equilíbrio entre os três poderes e proteção aos direitos fundamentais. Tem como novidade a constitucionalização dos direitos, o qual era uma característica das constituições europeias no pós-segunda guerra mundial.

A Constituição de 1988 substituiu a expressão “assistência judiciária” por “assistência jurídica”, dispondo da seguinte forma no artigo 5º, inciso LXXIV: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Nesse sentido, Cleber Francisco Alves em sua obra, disserta sobre a distinção entre assistência judiciária e assistência jurídica, citando inclusive o ilustre Pontes de Miranda:

[...] ‘assistência judiciária’ envolveria os recursos e os instrumentos necessário para o acesso aos órgãos jurisdicionais, quer mediante o benefício da ‘justiça gratuita’ (isenção de despesas processuais), quer pelo patrocínio de profissional habilitado (também se dispensando o pagamento de honorários respectivos). De

outra parte, a ‘assistência jurídica’ é bem mais ampla, aliás, como convenientemente preconizado na atual Carta Magna brasileira, abrangendo a orientação e consultoria jurídica e ainda a conscientização dos direitos da cidadania.³⁸

Com efeito, Carlos Weis, também afirma a amplitude do termo “assistência jurídica”:

(...) [passou-se] da ideia de assistencialismo público para serviço público essencial; de extensão da Advocacia privada aos financeiramente carentes à promoção dos direitos humanos; de mera promoção judicial de demandas privadas à identificação de direitos fundamentais da população e sua instrumentalização, eventualmente pela via judicial.³⁹

Ademais, a Constituição de 1988, dispõe em seu artigo 134, que a Defensoria Pública é a instituição encarregada de prestar esta assistência jurídica aos mais necessitados economicamente.

3.2 A Defensoria Pública como garantidora do acesso à justiça

Conforme o artigo 134, CF, A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV (74) do art. 5º desta Constituição Federal.

Assim, a Defensoria Pública é o único mecanismo de envergadura constitucional apto a assegurar o acesso igualitário e efetivo à justiça dos hipossuficientes.

Nessa linha de raciocínio, o entendimento de Maria Tereza Sadek:

Não se adentram as portas do Judiciário sem o cumprimento de ritos e a obediência a procedimentos.

Entre estes está a necessidade de defesa por profissionais especializados – os advogados. Ora, o acesso aos advogados, por sua vez, depende de recursos que na maior parte das vezes os mais carentes não possuem. Assim, para que a desigualdade social não produza efeitos desastrosos sobre a titularidade de direitos, foi concebido um serviço de assistência jurídica gratuita – a Defensoria Pública.⁴⁰

Como visto alhures, o acesso à justiça é um direito fundamental subjetivo e como tal deve ser garantido pelo Estado. A Defensoria Pública foi criada para garantir o acesso à justiça formal, ou seja, não apenas para garantir o acesso ao judiciário, mas, sobretudo, garantir uma transformação social.

A Defensoria Pública não se limita, portanto, a prestar uma assistência jurídica através de mero assistencialismo, mas, visa a emancipação social até mesmo por meio de atuação extrajudicial. Essa atuação extrajudicial abrange tanto a promoção da mediação de conflito como a orientação jurídica e a educação em direitos.⁴¹

3.3 A Defensoria Pública como instrumento de promoção dos direitos humanos

3.3.1 Direitos humanos

Conforme ensinamento de André de Carvalho Ramos, direitos humanos são todos aqueles direitos que as convenções internacionais ou normas não convencionais caracterizam como fundamentais e que possuem conteúdo de primeira, segunda ou terceira dimensão.⁴²

Pode concluir-se que os direitos humanos são direitos fundamentais de âmbito internacional. São direitos que constituem a base axiológica, a base de valores vigentes em uma sociedade.

Os direitos fundamentais são um produto da história. Norberto Bobbio afirma que os direitos fundamentais nascem em certas circunstâncias, caracterizados por lutas e defesas de novas liberdades, de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁴³

3.3.2 Promoção dos Direitos Humanos

Com o advento da EC 80/2014 houve uma alteração substancial no perfil institucional da Defensoria Pública trazida pela originalidade do art. 134, CF, a qual passou a ser instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, **a promoção dos direitos humanos** e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inc. LXXIV do art. 5º, CF.

Portanto, houve uma ampliação no perfil da Defensoria Pública, acrescentando em seu perfil a promoção dos direitos

humanos, conforme ensinamento de José Luiz Ragazzi e Renato Tavares da Silva:

Portanto, além de prioritariamente ser responsável pelo acesso à Justiça dos hipossuficientes, cabe à Defensoria Pública zelar pela promoção dos Direitos Humanos de toda e qualquer pessoa, seja ela necessitada econômica ou não, na medida em que o critério balizador da atuação institucional não é mais exclusivo o da condição financeira, mas sim o da existência de um direito fundamental digno de tutela estatal.⁴⁴

Com isto não quer se afirmar que a Defensoria Pública promoverá o acesso à justiça de pessoas privilegiadas economicamente, pois para isto existe a advocacia privada. O que esta emenda constitucional trouxe de novo é que em caso de violação, difusa ou individualmente, de um direito fundamental de caráter indisponível, a Defensoria Pública terá legitimidade para atuar na defesa deste direito.

O objetivo da Defensoria Pública continua sendo a tutela do hipossuficiente econômico, porém, o novo perfil constitucional da Defensoria Pública permite que esta atue em favor de todos, independente da condição econômica, sempre na promoção dos direitos humanos.

Assim, esta EC 80/2014 afasta a celeuma sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública para tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao contrário do pensamento da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público.

A CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - ingressou em 2007 com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943, sob a alegação de que a Defensoria Pública fora criada para atender, gratuitamente, cidadãos sem condições de se defender judicialmente, não sendo possível a atuação na defesa de interesses coletivos, por meio de ação civil pública.

Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em 07/05/2015, julgou improcedente esta ADI e considerou constitucional a atribuição da Defensoria Pública em propor ação civil pública.

Os ministros, seguindo o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, entenderam que o aumento de atribuições da instituição amplia o acesso à Justiça e é perfeitamente compatível com a Lei Complementar 132/2009 e com as alterações à Constituição Federal promovidas pela Emenda Constitucional 80/2014, que estenderam as atribuições da Defensoria Pública e incluíram a propositura de ação civil pública.

A ministra relatora, Cármen Lúcia afirmou ainda:

[...] não há qualquer vedação constitucional para a proposição desse tipo de ação pela Defensoria, nem norma que atribua ao Ministério Público prerrogativa exclusiva para ajuizar ações de proteção de direitos coletivos. Segundo a ministra, a ausência de conflitos de ordem subjetiva decorrente da atuação das instituições, igualmente essenciais à Justiça, demonstra inexistir prejuízo institucional para o Ministério Público.⁴⁵

A ministra Cármen Lúcia aduziu ainda que a inclusão da defesa dos direitos metaindividuais no rol de atribuições da Defensoria Pública é constitucional e coerente com a tendência atual de busca pela justiça social.

Por fim, a Ministra ao ressaltar a importância em se ampliar os legitimados aptos a propor ação civil pública argumentou: “O dever estatal de promover políticas públicas tendentes a reduzir ou suprimir essas enormes diferenças passa pela operacionalização dos instrumentos que atendam com eficiência a necessidade de seus cidadãos”.⁴⁶

Neste diapasão, José Luiz Ragazzi e Renato Tavares da Silva afirma que:

[...] a ação civil pública constitui um extraordinário instrumento de resolução de conflitos sociais, na medida

em que, por meio de uma única ação, é possível a tutela do interesse público primário, tendo em vista que a sentença que produz coisa julgada *erga omnes* ou *ultra parte* - a depender do interesse tutelado em juízo.⁴⁷

Conforme disposto no artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor, com exceção do pedido julgado improcedente por insuficiência de provas, nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*. Já a sentença com efeito *ultra partes*, fica restrita ao grupo, categoria ou classe, exceto na improcedência por insuficiência de provas, quando se tratar de tutela de interesses coletivos, e no caso de direitos individuais homogêneos, fará coisa julgada *erga omnes*, no caso de procedência do pedido em benefício de todas as vítimas e seus sucessores.

Desta forma, destaca-se que nas ações coletivas a sentença poderá beneficiar pessoas que não sejam hipossuficientes econômicas. Todavia, não se pode impedir a Defensoria Pública de propor este tipo de ação, já que, nos termos da EC 80/2014 é competência desta a promoção dos direitos humanos, portanto, independente da condição socioeconômica dos favorecidos em uma decisão judicial.

A promoção dos direitos humanos por parte da Defensoria Pública está também na atuação em favor das crianças para que os direitos fundamentais sociais sejam garantidos pelo Estado, tais como: saúde, educação, cidadania. Inclui-se também a defesa dos idosos e de outros grupos minoritários ou vulneráveis.

Como bem definiu os autores Edison Santana Filho, Maurilio Casas Maia e Daniel Gehard, sobre esta ampliação das atribuições da Defensoria Pública:

A Defensoria, por estar próxima da finalidade última do direito – realizar justiça social – não pode ser tolhida na participação em processos em que se tem a coletividade enquanto comunidade. Se a figura do *amicus curiae* é instrumento de democratização do processo, a Defensoria Pública é verdadeira *amicus communitas* nos processos coletivos.⁴⁸

Conclui-se que sempre que um direito fundamental indisponível sofrer violação ou estiver ameaçado, a Defensoria Pública é competente para a defesa deste direito, seja por meio de medidas judiciais ou extrajudiciais, como a conciliação ou a arbitragem.

3.4 Princípios Institucionais

O art. 3º da Lei Complementar 80/94, dispõe que são princípios institucionais da Defensoria Pública: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Como Unidade e Indivisibilidade destaca-se que a Defensoria Pública corresponde a um todo orgânico, sob a mesma direção, mesmos fundamentos, sem fragmentos, assim, aos Defensores é permitido substituírem-se uns aos outros sem que haja prejuízo na continuidade da prestação da assistência jurídica. A Unidade não implica vinculação de opiniões.⁴⁹

Com relação a independência funcional esta garante a Defensoria Pública autonomia perante os demais órgãos estatais, sem interferência política que possa influenciar em sua atuação. Portanto, os demais agentes políticos não devem e nem podem exercer qualquer tipo de pressão sobre os defensores públicos, já que estes não são subordinados aos magistrados, promotores de justiça, parlamentares etc.

A Defensoria Pública pode, inclusive, litigar contra as pessoas jurídicas das quais fazem parte, isto em razão da independência funcional. Assim, Virgílio Afonso da Silva distingue autonomia funcional de autonomia administrativa:

Especificamente sobre a autonomia funcional e administrativa, são os seguintes comentários do autor: autonomia funcional significa “o exercício de suas funções livre de ingerência”; autonomia administrativa significa “que cabe à Instituição organizar sua administração, suas unidades administrativas, praticar atos de gestão, decidir sobre a situação funcional de seu

peçoal [...] estabelecer a política remuneratória [...]”.⁵⁰

A natureza jurídica dos defensores públicos é de **agentes políticos**, em razão da plena liberdade funcional, das prerrogativas e direitos próprios, conforme definição de agentes políticos de Hely Lopes Meirelles:

[agentes políticos são] os componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias estabelecidas na Constituição e em leis especiais.⁵¹

Insta ressaltar que a Defensoria Pública, embora seja una e indivisível, tal qual o Ministério Público e a Magistratura, se divide em três ramos: Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e Defensoria Pública dos Estados.

3.5 Defensoria Pública da União

Conforme o artigo 14, da Lei Complementar nº 80/1994, a Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União.

De outro lado, as Defensorias estaduais, independentes, vinculadas à estrutura estadual, têm atuação nos graus e instâncias estaduais.

Conforme o sítio virtual da Defensoria Pública da União:

A assistência jurídica da DPU pode defender o cidadão em processos cíveis ou criminais no Poder Judiciário, apresentar recursos aos tribunais e ajuizar ações. Outro tipo de serviço é a assistência jurídica extrajudicial, que

dá orientações e aconselhamento jurídico, além de representar o cidadão em casos que envolvam órgãos da administração pública federal.

O Defensor Público da União é independente para agir na defesa dos interesses do cidadão e deve, inclusive, agir contra o Estado, sem ser punido. Também representa o cidadão contra as autarquias da União, suas fundações e órgãos públicos federais, como o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o Exército.⁵²

Todavia, estudo realizado em 27 de abril de 2014 mostra que a Defensoria Pública da União conta com um déficit de 66% no número de defensores públicos federal em proporção ao ideal para um atendimento de excelência à população brasileira. O ideal seria na proporção de um defensor público para cada 100 mil habitantes com mais de 10 anos de idade e com renda mensal de até três salários mínimos.⁵³

3.6 Retrato das Defensorias Públicas no País

O Brasil possui um déficit grande com relação a implantação das Defensorias Públicas. Segundo Mapa da Defensoria elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), realizado em 2013, o Brasil tem 2.680 comarcas, das quais apenas 755 (28%) são atendidas pela Defensoria Pública.

A Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – ANADEP – estima que nos últimos anos houve um crescimento no número de defensores, porém, esse número ainda não é considerado o ideal: “De acordo com a Anape, entre os anos de 2014 e 2018 houve um crescimento de 10% no número de defensores em todo o País. Contudo, o aumento considerado ideal seria, segundo a associação, de pelo menos 10% ao ano.”⁵⁴

A Emenda Constitucional 80/2014 estabelece que o número de defensores públicos deve ser proporcional à efetiva demanda e à respectiva população, devendo a União, os Estados e o Distrito Federal prover todos os cargos necessários ao atendimento dessa demanda no prazo máximo de oito anos.

3.7 Defensoria Pública do Estado de São Paulo

O Estado de São Paulo tem buscado alternativas para diminuir com a evasão de defensores públicos, já que até 2013, 58 defensores públicos optaram por carreiras jurídicas com melhor remuneração.

Com a Lei Complementar 1.221/2013, a qual dispõe sobre os vencimentos dos defensores público do Estado de São Paulo, busca-se diminuir a defasagem salarial diante das demais carreiras jurídicas.

Desta forma, a Lei Complementar nº 988/2006, foi alterada nos artigos 9º e 10, §1º, pela Lei Complementar 1.221/2013, reajustando e fixando os vencimentos dos defensores públicos do Estado de São Paulo da seguinte forma:

Artigo 9º - O valor dos vencimentos do Defensor Público-Geral do Estado, Referência 8, fica fixado em R\$ 23.039,00 (vinte e três mil, trinta e nove reais). (NR);

Artigo 10 –

§ 1º - para os cargos de provimento efetivo:

1. - Defensor Público do Estado Nível V - Referência 5: 96% (noventa e seis por cento);
2. - Defensor Público do Estado Nível IV - Referência 4: 92% (noventa e dois por cento);
3. - Defensor Público do Estado Nível III - Referência 3: 88% (oitenta e oito por cento);
4. - Defensor Público do Estado Nível II - Referência 2: 84% (oitenta e quatro por cento);
5. - Defensor Público do Estado Nível I - Referência 1: 80% (oitenta por cento). Salário inicial: mais de R\$ 18 mil reais.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, além de prestar assistência em diversas áreas do Direito (execução penal, civil, família, infância e juventude, criminal, consumidor e ambiental), atua também na promoção da cidadania através da educação em direitos e na mediação de conflitos. Possui participação popular, através da Ouvidoria-Geral, Pré-Conferências Regionais, Conferência Estadual, os quais possibilitam a sociedade civil

participar na elaboração do seu plano anual de atuação. Acrescenta-se ainda núcleos especializados para acolher as reivindicações das comunidades.

Atualmente, os núcleos especializados da Defensoria Pública de São Paulo são: a) Cidadania e Direitos Humanos; b) Infância e Juventude; c) Habitação e Urbanismo; d) Segunda Instância e Tribunais Superiores; e) Situação Carcerária; f) direitos da mulher; g) Combate à discriminação; h) Direitos do idoso e da pessoa com deficiência e; i) defesa do consumidor.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Defensoria Pública é uma instituição de suma importância para a efetividade do direito fundamental subjetivo de acesso à justiça. Ela vai além do mero acesso ao judiciário, ou seja, ao acesso formal à justiça, já que a Defensoria Pública tem como atribuição a assistência jurídica do hipossuficiente econômico, mas também a promoção dos direitos humanos.

Desta forma, a Defensoria Pública além de garantir o efetivo acesso à justiça para aqueles que não têm a mínima condição de fazer valer os seus direitos, busca também a justiça, a emancipação, a transformação social, no sentido da orientação necessária para a obtenção de seus direitos.

Este acesso à justiça deve ser integral e gratuito, seja na tutela individual ou coletiva, e não somente ao hipossuficiente econômico, como também na proteção e garantia dos direitos fundamentais indisponíveis de toda a população.

A Defensoria Pública é a manifestação real do Estado Democrático e Social de Direito na proteção e promoção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CICHOCKI, José Neto. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 1999.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.
Disponível em:
<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2868>. Acesso em: 14 dez. 2015.

GASTALDI, Suzana. **Ondas renovatórias de acesso à justiça e interesses metaindividuais**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3817, 13 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26143>>. Acesso em: 10 out. 2019.

HADDAD, E.G. de M.; GOZETTO, A.C. de O. **O movimento pela criação e fortalecimento da Defensoria Pública Paulista**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 17. n. 76. Jan-fev. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELO, L. W. T. de. A Defensoria Pública como meio de Acesso do Cidadão à Justiça. Disponível em: <http://yv6n-gb2y.accessdomain.com/media/A-DEFENSORIA-P%C3%9ABLICA-COMO-MEIO-DE-ACESSO-DO-CIDAD%C3%83O-%C3%80-JUSTI%C3%87A.pdf>. Acesso em: 12 Dez. 2015.

OLIVEIRA, Mariana. Estudo mostra déficit de 66% no total de defensores públicos da União. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/03/estudo-mostra-deficit-de-66-no-total-de-defensores-publicos-da-uniao.html>. Acesso em: 10 out. 2019.

PEREZ. Fabíola. Brasil tem déficit de 6 mil defensores públicos, diz estudo. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao->

paulo/brasil-tem-deficit-de-seis-mil-defensores-publicos-diz-estudo-15062018. Acesso em: 10 out. 2019.

RAGAZZI, J.L.; SILVA, R.T. da. **A Defensoria Pública como instrumento de promoção dos direitos humanos**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. ano 22. vol. 88. jul-set.2014.

RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos em juízo. São Paulo: Max Limonad, 2001.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos. **A importância da Defensoria Pública em um Estado Democrático e Social de Direito**. Revista Brasileira de Ciência Criminal. ano 16. n. 72. maio-junho. 2008.

SADEK, Maria Tereza (org.), **O Judiciário em debate**. São Paulo: IDESP, Sumaré, 1995.

_____. **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANTANA FILHO, Edilson; MAIA, Maurilio Casa; GEHARD, Daniel. **Afinal, qual a função da Defensoria Pública?** Disponível em: <http://justificando.com/2015/06/18/afinal-qual-a-funcao-da-defensoria-publica/>. Acesso em: 10 out. 2019.

SANTOS, Boaventura Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo. Direito e justiça. São Paulo: Ática, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/6297/2009-Defensoria-Conectas.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário julga constitucional legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>. Acesso em: 10 out. 2019.

VALE, Thiago Rodrigues do. **A Defensoria Pública como pilar do acesso à justiça**. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/8014/MJ_2009_Thiago_Rodrigues_do_Vale.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

WEIS, Carlos. Direitos humanos e defensoria pública. Boletim IBCCrim 10/6. N. 115. São Paulo, jun. 2002.

-
- [25] HADDAD, E.G. de M.; GOZETTO, A.C. de O. **O movimento pela criação e fortalecimento da Defensoria Pública Paulista.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 17. n. 76. Jan-fev. 2009.
- [26] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.8.
- [27] CICHOCKI, José Neto. **Limitações ao acesso à justiça.** Curitiba: Juruá, 1999, p. 61.
- [28] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op cit. p. 9.
- [29] MELO, L. W. T. de. A Defensoria Pública como meio de Acesso do Cidadão à Justiça. Disponível em: <http://yv6n-gb2y.accessdomain.com/media/A-DEFENSORIA-P%C3%9ABLICA-COMO-MEIO-DE-ACESSO-DO-CIDAD%C3%83O-%C3%80-JUSTI%C3%87A.pdf>. Acesso em: 12 Dez. 2015.
- [30] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op cit. p. 12-73.
- [31] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op cit. p. 17.
- [32] Idem, ibidem. p. 20.
- [33] GASTALDI, Suzana. **Ondas renovatórias de acesso à justiça e interesses metaindividuais.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3817, 13 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26143>>. Acesso em: 10 out. 2019.
- [34] SANTOS, Boaventura Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo. Direito e justiça. São Paulo: Ática, 1989. p. 48-49.
- [35] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op cit. p.22.
- [36] SADEK, Maria Tereza (org.), **O Judiciário em debate.** São Paulo: IDESP, Sumaré, 1995, p. 10.
- [37] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 588.
- [38] ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p.39.
- [39] WEIS, Carlos. Direitos humanos e defensoria pública. Boletim IBCCrim 10/6. N. 115. São Paulo, jun. 2002.
- [40] SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça.** São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 9.

- [41] REIS, Gustavo Augusto Soares dos. **A importância da Defensoria Pública em um Estado Democrático e Social de Direito**. Revista Brasileira de Ciência Criminal. ano 16. n. 72. maio-junho. 2008.
- [42] RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos em juízo. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 19.
- [43] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.
- [44] RAGAZZI, J.L.; SILVA, R.T. da. **A Defensoria Pública como instrumento de promoção dos direitos humanos**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. ano 22. vol. 88. jul-set.2014.
- [45] **Plenário julga constitucional legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>. Acesso em: 10 out. 2019.
- [46] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>. Acesso em: 10 out. 2019.
- [47] RAGAZZI, J.L.; SILVA, R.T. da. Op. cit.
- [48] Disponível em: <http://justificando.com/2015/06/18/afinal-qual-a-funcao-da-defensoria-publica/>. Acesso em: 10 out. 2019.
- [49] VALE, Thiago Rodrigues do. **A Defensoria Pública como pilar do acesso à justiça**. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/8014/MJ_2009_Thiago_Rodrigues_do_Vale.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.
- [50] SILVA, Virgilio Afonso da. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/6297/2009-Defensoria-Conectas.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.
- [51] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.72.
- [52] Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2009/12/defensoria-publica-da-uniao>. Acesso em: 10 out. 2019.
- [53] Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/03/estudo-mostra-deficit-de-66-no-total-de-defensores-publicos-da-uniao.html>. Acesso em: 10 out. 2019.
- [54] Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/brasil-tem-deficit-de-seis-mil-defensores-publicos-diz-estudo-15062018>. Acesso em: 10 out. 2019.

NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM CONTRATO DE CONSUMO: POSIÇÃO CONTRÁRIA

Flávio Taturce

Festejado por muitos e criticado por outros, o negócio jurídico processual é uma das principais novidades do Código de Processo Civil de 2015, previsto nos seus arts. 190 e 191, sem prejuízo de outros comandos. Trata-se de instituto que vem sendo abordado há tempos por processualistas de destaque como Fredie Didier Júnior, Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Fernando Gajardoni.

Cuida-se de projeção da teoria geral dos atos e negócios jurídicos para o âmbito do processo civil brasileiro, estando presente, na expressão alemã, um contrato processual (*Prozessvertrage*) ou um Processo Civil convencionado (*Konventionalprozess*). Como bem define Pedro Henrique Nogueira, em sua dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da UFBA, o negócio jurídico processual “é o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou de estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. Estando ligado ao poder de autorregramento da vontade, o negócio jurídico processual esbarra em limitações preestabelecidas pelo ordenamento jurídico, como sucede em todo negócio jurídico” (*Negócios Jurídicos Processuais*. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2017).

Na verdade, a categoria não é uma total novidade no sistema processual, pois já existiam negócios jurídicos processuais típicos tratados anteriormente pela lei. A título de exemplo, podem ser citadas a convenção de arbitragem e a cláusula de eleição de foro, a última tratada desde a remota Súmula 335 do STF, do ano de 1963.

Neste breve artigo, analisaremos o debate a respeito de se convencionar negócios jurídicos processuais em contratos de consumo. O cerne da discussão jurídica gira em torno do conteúdo do art. 190 do Novo CPC, segundo o qual, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento, com o fito de ajustá-lo às especificidades da causa. As partes ainda podem convencionar sobre os seus ônus probatórios, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Ademais, conforme o parágrafo único do mesmo dispositivo, de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções processuais celebradas entre as partes, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade absoluta ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

No último preceito é que parece haver sério entrave técnico para que seja estabelecido o negócio jurídico processual em contratos de consumo. Como é notório, o CDC é expresso ao vedar um dos negócios jurídicos processuais típicos, qual seja a cláusula compromissória de arbitragem, quando esta for compulsória (art. 51, inc. VII, da Lei n. 8.078/1990). Não obstante algumas *quebras doutrinárias e jurisprudenciais*, a verdade é que a arbitragem ainda não mergulhou de verdade no âmbito dos contratos de consumo.

A afirmação também vale para os demais negócios jurídicos processuais, pelo fato de ter o legislador processual utilizado o termo *vulnerabilidade* ao final do parágrafo único do art. 190 do Estatuto Processual emergente. Como se sabe, há forte corrente doutrinária que defende existir uma presunção absoluta ou *iure et*

de iure de vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, conclusão retirada da dicção do art. 4º, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor. Segundo essa mesma visão, essa vulnerabilidade é inafastável, o que justificou a elaboração da norma consumerista, diante do mandamento constitucional constante do art. 48 das Disposições Finais e Transitórias da CF/1988. Essa também é a posição que sigo, sendo certo que a vulnerabilidade é *elemento posto* da relação de consumo, ou seja, todo consumidor é vulnerável, sem exceção. Em outras palavras, trata-se de um conceito jurídico que não aceita declinação ou objeção, sendo fixado previamente, sem qualquer análise casuística.

Por outra via, a hipossuficiência é uma disparidade fática a que está submetido o destinatário final da relação jurídica de consumo, podendo ser ela econômica, política, social ou até técnico-informacional, pelo desconhecimento específico que se tem em relação ao produto ou serviço que está sendo adquirido. Todo consumidor é vulnerável, mas nem sempre será hipossuficiente. Sendo o consumidor vulnerável – expressão que chega a ser pleonástica –, justifica-se a aplicação do CDC. Se, além de ser vulnerável, for hipossuficiente, o consumidor terá a seu favor um *plus*, qual seja a possibilidade de pleitear a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, inc. VIII, da Lei n. 8.078/1990.

Em conclusão, penso que o legislador processual pecou ao utilizar o termo *vulnerabilidade* na limitação dos negócios jurídicos processuais. Se tivesse utilizado a expressão *hipossuficiência*, teria aberto a possibilidade jurídica de se instituírem negócios jurídicos processuais em contratos de consumo.

Com o devido respeito à posição em contrário, concluo que, pela vulnerabilidade reconhecida nas relações de consumo, sempre haverá invalidade do negócio jurídico processual inserido em contrato de consumo, pelo fato de estar a previsão em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor, nos termos do art. 51, inc. XV, do CDC. O caso, sem dúvidas, é de nulidade absoluta, como está previsto no art. 190, parágrafo único, do CPC, pois

estamos diante de hipótese de cláusula ou previsão abusiva, que não é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Como palavras finais, não desconheço que os processualistas têm uma visão diferente a respeito da vulnerabilidade, analisada casuisticamente, como fazem os consumeristas em relação à hipossuficiência. O tema, a propósito, foi desenvolvido por minha irmã, Fernanda Tartuce, em sua tese de doutorado defendida na USP, com que debato o tema há tempos (*Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012). Porém, o legislador parece ter ignorado as visões multifacetadas da ideia de vulnerabilidade e, infelizmente, fechou as portas para os negócios processuais em contratos de consumo.

O AGRAVO INTERNO NO CPC DE 2015

Rafael de Oliveira Guimarães;
Celso Iroshi Iocohama

Resumo: O trabalho aborda um breve histórico dos agravos regimental e agravo interno na sistemática do CPC/73 e as transformações geradas pela entrada em vigência do CPC/2015, que implicaram na unificação dos recursos em um único, qual seja, o agravo interno. Para tanto, se abordará as hipóteses de cabimento, o processamento e julgamento do mencionado recurso, tendo em vista a doutrina e jurisprudência a respeito.

Palavras-chave: Decisões monocráticas; Agravo interno; CPC/2015.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo visa fazer uma pequena abordagem sobre o recurso de agravo interno, sobretudo após as mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015. A referida legislação trouxe substanciais alterações com relação ao cabimento e processamento do ora comentado recurso.

Embora seja um recurso resumido a um dispositivo legal, as mudanças trazidas pelo diploma processual vão desde o prazo para a sua interposição, hipóteses de cabimento, obrigatoriedade de intimação para contrarrazões, regularidade formal, inclusão em pauta, fundamentação do acórdão, aplicabilidade de multa, até (quicá) a extinção do chamado agravo regimental.

Devido às muitas mudanças, é vital um exame histórico do recurso para se ventilar o papel dos agravos interno e regimental no sistema jurídico, bem como a análise dos pontos elencados no

parágrafo anterior, para que se possa emitir as primeiras opiniões sobre esta “nova” sistemática do recurso de agravo interno.

2. BREVE ESBOÇO HISTÓRICO E A DICOTOMIA ENTRE AGRAVO INTERNO E AGRAVO REGIMENTAL NO CPC DE 1973

Primeiramente, é mister que se esclareça que neste item tratar-se-á da sistemática do CPC de 1973, justamente para fundamentar os motivos da existência de dois recursos (agravos interno e regimental), as características e os procedimentos dos mesmos, para que somente após isso se consiga fazer uma transposição para a sistemática proposta pelo CPC de 2015, e se analisar detidamente as semelhanças e diferenças entre os mencionados recursos nos dois diplomas processuais.

Segundo o CPC de 1973, agravo regimental e agravo interno faziam parte do mesmo gênero, qual seja dos recursos que visavam impugnar as decisões monocráticas nos tribunais, mas não são da mesma espécie, pois visavam impugnar diferentes decisões, embora ambas monocráticas.

Enquanto o agravo regimental, surgido há mais de um século, atacava decisões interlocutórias tanto em recursos quanto em ações de competência originária dos tribunais, o agravo interno visava impugnar decisões finais, exclusivamente as que põem termo a recurso. Tais conclusões advêm de legislações e entendimentos da jurisprudência e da doutrina.

O agravo regimental tem sua raiz mais remota nas Ordenações Manuelinas. O parágrafo oitavo do Livro I, Título VI das referidas Ordenações do Reino de Portugal, preceituava que cabia agravo para os desembargadores da Casa de Suplicação, contra os despachos que fossem individualmente proferidos por qualquer um dos que a compunham.

Egas Dirceu Moniz de Aragão, no primeiro estudo sistemático sobre o agravo regimental, datado de 1962, expôs que “ali está delineado o agravo regimental, cujo fim é possibilitar o imediato conhecimento, pelo grupo de juízes, dos despachos interlocutórios proferidos por qualquer um deles.”

O surgimento do mencionado agravo dentro dos regimentos internos dos tribunais, e até dando fundamento ao seu nome, ocorreu em 1891, quando se criou o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que disciplinava o tema em seu art. 39 .

Analisando o artigo em questão, nota-se que, em 1891, se desenvolveram as linhas mestras do agravo regimental, quais sejam a possibilidade de revisão da turma ou câmara de qualquer decisão monocrática do relator, no prazo de cinco dias, pondo o recurso em mesa para que o órgão colegiado, em sessão sem solenidade, confirme ou reforme a decisão impugnada.

As legislações estaduais contemplaram tal meio de impugnação à decisão judicial. Como exemplo, temos o Código de Minas Gerais, em seu art. 1.443; o de Pernambuco, em seu art. 1.444; o do Rio de Janeiro, em seu art. 2.327; o do Distrito Federal, em seu art. 1.175; e o de São Paulo, em seu art. 1.113, § 2º. Tais disposições praticamente repetiram o mesmo dispositivo do RISTF/1891 mencionado acima.

Com a entrada em vigência da Constituição Federal de 1937, que seu art. 16, XVI, previa a competência privativa da União para legislar sobre direito processual, as mencionadas legislações estaduais perderam legitimidade, praticamente “forçando” um CPC nacional (o de 1939), que não continha previsão semelhante , de que todas as decisões monocráticas fossem impugnadas por um recurso de agravo no prazo de cinco dias.

O CPC de 1973 passou a prever somente disposições esparsas sobre um agravo contra decisões monocráticas que extinguissem recursos como os embargos infringentes (art. 532), agravo do art. 544 (art. 545) e o agravo de instrumento (art. 557) .

Esse último dispositivo legal mencionado, o art. 557 do CPC/73 sofreu uma profunda reforma no final do século passado, e passou a prever as situações em que um relator de qualquer recurso estava autorizado a proferir uma decisão monocrática extintiva daquele, e ainda previu um recurso de agravo – comumente chamado de agravo interno – para impugnar tais

decisões, com uma razão recursal no sentido de fundamentar que a decisão não poderia ter sido proferida na forma monocrática e que o recurso deveria ter seu processamento ordinário e ter o julgamento em sessão.

Portanto, constata-se que com a vigência da última redação do art. 557 do CPC/73 , terminou-se de “dividir” os recursos de agravo interno e regimental. Com o citado dispositivo legal, o agravo interno era entendido como o recurso que visava impugnar as decisões extintivas de recurso. No entanto, ainda restou sem previsão expressa em lei federal o recurso contra as demais decisões monocráticas proferidas nos tribunais, sejam as decisões proferidas nos recursos, mas que não os extinga, tais como as que deferem ou indeferem liminar, ou mesmo as decisões monocráticas proferidas nas ações de competência originária.

Desta forma, ante a previsão constitucional do princípio da colegialidade, que nada mais é do que o “princípio jurídico constitucional que obriga, em caso de provocação, a manifestação do órgão colegiado sobre as decisões monocráticas proferidas no tribunal, por justamente ser o colegiado o juízo natural dos recursos nos tribunais, e esta garantia ser intransponível pela legislação infraconstitucional” , nosso sistema se viu praticamente obrigado a utilizar dos agravos previstos nos regimentos internos dos tribunais para essas outras decisões exemplificadas, tendo o mencionado recurso um cabimento subsidiário. A utilização dos chamados agravos regimentais suscitou críticas da doutrina , pois padeciam do mesmo vício de inconstitucionalidade que os agravos previstos nos CPC’s estaduais, qual seja, o de não serem previstos por legislação federal.

O que ocorreu no fim do Século passado é que o Superior Tribunal de Justiça passou a interpretar que o art. 39 da Lei 8.038/90 , que é uma lei originalmente concebida para aplicação somente nos tribunais superiores, tem aplicabilidade em todo território nacional.

Sendo assim, constata-se que pela sistemática do CPC/73, tinham-se dois agravos contra as decisões monocráticas: (a) o

agravo interno, previsto no art. 557, §1.º, que visava impugnar as decisões extintivas de recursos, onde se alegava que as referidas decisões monocráticas não encontravam fundamentação no caput ou no seu §1.º-A; (b) o agravo regimental, previsto no art. 39 da Lei 8.038/90, que visava impugnar todas as outras decisões monocráticas não terminativas de recursos ou as proferidas em ação de competência originária dos tribunais.

A utilização de tais “agravinhos” desta forma, embora tenham muita semelhança e possam soar idênticos, passou a ser em situações específicas de cada um. Implicou, inclusive, na impossibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade, dando crédito ao aqui exposto e dividindo cada vez mais o cabimento dos dois recursos .

Portanto, assim eram utilizados os agravos interno e regimental na sistemática do CPC/73.

3. A UNIFICAÇÃO DOS ANTIGOS AGRAVOS REGIMENTAL E INTERNO NO CPC/2015

Pois bem, após a breve explanação sobre a utilização dos chamados “agravinhos” no CPC/73, impende, a priori, comentar que o CPC/2015, em seu art. 1.021 corrigiu um erro histórico, que foi a divisão apontada acima feita entre agravos interno e regimental e, praticamente restabelece a ideia do art. 39 do Regimento Interno do STF/1891, que não deveria sequer ter sido derogada. A legislação que entrou em vigência em março de 2016 prevê que “contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal”.

Ou seja, verifica-se primeiramente um grande acerto do legislador em novamente “unificar” o recurso – denominado de agravo interno – contra qualquer decisão monocrática, seja de recurso ou de ação de competência originária dos tribunais, o que elimina toda a discussão acima detalhada.

Com isso, elimina-se eventual questionamento acerca da utilização dos dispositivos dos regimentos internos para impugnar

as decisões monocráticas, até porque desnecessária tal utilização , pois o CPC regula, em tese , todas as situações de decisões unipessoais proferidas nos tribunais.

O que será necessário e, tanto a Constituição quanto o CPC/2015 autorizam, é que os Regimentos Internos dos tribunais regrem o processamento do mencionado recurso. Regras como designação de pautas, eventualmente a sustentação oral, etc.

O procedimento e as disposições sobre o agravo interno do CPC/2015 serão analisados a seguir.

4. A REGULARIDADE FORMAL DO AGRAVO INTERNO

A diferença, que antigamente era no tocante ao cabimento do recurso, hodiernamente se restringe à regularidade formal do mesmo. Nos agravos internos que impugnam as decisões que concedam/rejeitam a tutela de urgência (cf. art. 932, II do CPC), o agravante em tese repisará as razões recursais que fundamentavam seu pleito e requerer-se-á a reforma da decisão agravada. No caso das decisões terminativas de recursos (art. 932, III, IV e V, do CPC), o argumento do agravante não deve ser no sentido de que o recurso originário (ex. do agravo de instrumento ou apelação cível) tem condições de êxito. Nessas situações, o agravo interno deve se basear na inexistência da presença dos requisitos que autorizem o julgamento monocrático, ou seja, que: (a) inexistente o fundamento para a inadmissibilidade do recurso originário; ou (b) não há súmula ou julgamento de tribunal superior afetado pela sistemática dos recursos repetitivos sobre o tema; ou c) não existe incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência sobre a questão; ou d) no caso de julgamento monocrático no STJ com base em jurisprudência dominante em sentido contrário (cf. arts. 932, VIII, do CPC e art. 34, XVIII, “b”, do RISTJ), que a jurisprudência citada na decisão não se insere no conceito de jurisprudência dominante; e e) requerer-se-á o processamento do

recurso originário como se a decisão monocrática não tivesse ocorrido.

Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart trazem uma afirmação interessante, no sentido do já dito. A fundamentação do agravo interno quando atacar decisão terminativa de recurso é no sentido de demonstrar que o caso não se trata de uma das situações referidas na decisão agravada ou mesmo que fenômeno ventilado (súmula ou recurso repetitivo) é inexistente ou ainda foi cancelado pelo tribunal prolator.

Verifica-se que, embora com diferenças mínimas, a regularidade formal do agravo interno tem uma pequena diferença dependendo da situação. A regularidade formal do recurso será praticamente como se ainda houvesse a diferença entre os agravos regimental e interno, como dito acima.

5. O PROCEDIMENTO DO AGRAVO INTERNO

Antes de tudo, é vital trazer à baila que o CPC/2015, em seu art. 1.003, §5.º, preconiza que o prazo para todos os recursos, excetuando-se os embargos de declaração, é de quinze dias. Pelo comando do dispositivo, não há dúvidas que o prazo para o agravo interno, regulamentado pelo art. 1.021 (antigo 557, § 1.º do CPC/73) está afetado pela nova regulamentação do prazo. No entanto, surge a primeira dúvida com relação a outras disposições, em legislação especial, que previa o prazo de cinco dias para a apresentação de agravo.

Segundo o próprio resumo histórico feito no item 2, havia toda uma sistemática de quase um século prevendo um agravo de cinco dias para se impugnar as decisões monocráticas nos tribunais, com uniformidade. Ou seja, desde o agravo previsto no RISTF de 1891, que trouxe um cabimento genérico de um agravo de cinco dias, da decisão monocrática para o órgão colegiado correspondente, como se fosse uma autopoiesis, outras legislações trouxeram o mesmo agravo para casos esporádicos. Assim foi feito no art. 39 da Lei 8.038/90, que até o CPC/2015 funcionava como

um cabimento residual ao art. 557 do CPC/73, para as monocráticas não abarcadas pelo diploma processual da época. Assim também ocorreu com o agravo do art. 532 do CPC/73, que o previa para a decisão monocrática que inadmitisse os extintos embargos infringentes, ou mesmo para o agravo interno do art. 545 do CPC/73, que previa o recurso para impugnar as decisões monocráticas que não admitiam o agravo do art. 544 do CPC/73. Como já dizia Teresa Arruda Alvim Wambier, são todos o mesmo recurso previsto no art. 557 do CPC/73, que antes de 1998 era somente utilizável para impugnar as decisões monocráticas que não admitiam agravo de instrumento, e posteriormente passou a ter uma aplicação em todos os recursos. O mesmo fenômeno ocorre na legislação especial, como no art. 12, § 1.º, da Lei 7.347/1985 ou nos arts. 10, § 1.º e 15 da Lei n. 12.016/2009, que preveem o agravo em cinco dias de uma decisão monocrática ao órgão colegiado, que nada mais são do que um agravo interno como todos os outros.

A questão é saber se esses agravos com prazo de cinco dias previstos em lei especial também terão o prazo para a interposição modificado pelo CPC/2015. A resposta parece ser positiva. Isso por que, como dito, existia toda uma sistemática, centralizada pelo CPC, que determinava que o recurso contra as decisões monocráticas nos tribunais teria um prazo de cinco dias, nas mais diversas leis especiais. A partir do momento em que o CPC/2015, que regulamenta as premissas básicas do agravo interno, traz uma ideologia de que todos os recursos, excetuando-se o de embargos de declaração, terão um prazo único de quinze dias, é esse o novo preceito para todos os agravos internos nas suas mais diversas situações. O CPC, ainda, deixou a questão muito clara ao preceituar pela uniformização do prazo de quinze dias para todos os agravos internos conforme a inteligência do art. 1.070 do CPC. Portanto, embora se reconheça que a ideia terá uma dificuldade de aplicação inicial, sistematicamente, deve ser a correta para prevalecer no nosso direito, ou seja, a de que todos os agravos internos, em lei especial ou não, deve ter o prazo para interposição

de quinze dias. A única exceção, por ora, é o agravo interno em matéria penal. Segundo o STJ, como o Código de Processo Civil teve influência sobre todos os procedimentos de natureza civil e afins, os de matéria penal ainda continuam sob a vigência do art. 39 da Lei 8.038/90, ou seja, com prazo de cinco dias corridos.

Com relação ao cabimento, o agravo interno do CPC/2015, como abordado no item 2, é resultado de uma fusão entre os chamados “agravinhos”. Ou seja, o agravo interno do CPC é manejável tanto contra as decisões monocráticas finais nos recursos – hipótese de cabimento do art. 577 do CPC/1973, qual seja, do antigo agravo interno – quanto visando impugnar as decisões monocráticas intermediárias nos recursos, ações de competência originária, bem como as decisões monocráticas finais nessas ações. Em outras palavras, o CPC/2015 abarcou, acertadamente, de forma simples, a hipótese de cabimento de um único recurso contra todas as decisões monocráticas proferidas nos tribunais, salvo exceções expressas do próprio CPC.

Tal assertiva é confirmada pelo FPPC, que preconizou no enunciado 142 do encontro de Salvador que “da decisão monocrática do relator que concede ou nega o efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou que concede, nega, modifica ou revoga, no todo ou em parte, a tutela jurisdicional nos casos de competência originária ou recursal, cabe o recurso de agravo interno”. Assim, vê-se claramente a utilização do agravo interno também para impugnar decisões monocráticas intermediárias nos recursos.

As razões de recurso devem em regra ser dirigidas ao relator do processo que proferiu a decisão recorrida, nos moldes do parágrafo segundo do art. 1.021 do CPC/2015, salvo quando a legislação ou o regimento interno do tribunal tenha previsão ao contrário. Essas regras de procedimento estão autorizadas pelo próprio caput do art. 1.021. É o caso do agravo contra decisão do Presidente do STJ que nega seguimento a um recurso por manifesta inadmissibilidade. Segundo o art. 3.º da Resolução 17/2013 do STJ, tal recurso é dirigido com a observância da competência

originária para o recurso, ou seja, mediante distribuição, dirigido a um Ministro de uma turma do tribunal superior, como se não tivesse ocorrido a intervenção da presidência.

Uma inovação do CPC/2015, embora já seja uma prática de alguns tribunais como o STJ, foi a obediência ao princípio do contraditório também no ora comentado recurso. Assim, também deve uma decisão de agravo interno ser precedida de contrarrazões no mesmo prazo do recurso: quinze dias.

Depois de apresentada a resposta pelo agravado, também sendo uma inovação do Código de Processo Civil, e se o relator não se retratar da decisão monocrática recorrida, há a previsão de obrigatoriedade de designação, e conseqüentemente de intimação, da inclusão em pauta do recurso.

Segundo o defendido no breve estudo, a inovação elimina uma prática que não trazia benefício nenhum a ninguém, que é a colocação em mesa do recurso e a parte muitas vezes ser surpreendida com tal ato. A mudança é uma incidência do princípio do acesso à jurisdição, pois otimiza a prestação jurisdicional. É uma consequência lógica para os casos onde há a possibilidade de sustentação oral, pois não poderiam as partes exercer tal direito sem a intimação da pauta, mas no mínimo, para os casos que não há sustentação oral, permite às partes acompanhar o julgamento ou fazer a entrega prévia dos memoriais aos componentes do colegiado.

Com relação à sustentação oral em agravo interno, a celeuma não é nova.

O Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 554, preceituava pela impossibilidade de sustentação oral nos embargos declaratórios e no agravo de instrumento. Surgia a dúvida: como o agravo interno não está ali elencado, a este poderia ou não ser permitida a possibilidade de sustentação oral.

Os Códigos de Processo Civil estaduais, quando ainda se falava somente em agravo regimental, estabeleciam a possibilidade de sustentação, em tais casos. O Código paulista chegava ao ponto de

preceituar, no art. 1.113, § 2º, e o fluminense no art. 1.175, par. 2º.

A doutrina já defendia, principalmente quando o recurso principal contivesse a previsão de sustentação. Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha preceituavam que, no caso de apelação cível, e a decisão do relator for por manifesta improcedência do recurso, o agravo interno, nesse caso, estaria ventilando o mérito da apelação e, portanto, caberia sustentação oral. A posição dos citados processualistas deveria ganhar força com o projeto de lei 1.823/96, que foi arquivado justamente porque o CPC – antes da sanção presidencial – continha a previsão de sustentação oral para o agravo interno na maioria das decisões monocráticas extintivas tanto de recurso quanto de ações de competência originária dos tribunais.

O CPC/2015 que prevê expressamente a sustentação oral no recurso de agravo interno nos casos em que o mesmo é apresentado contra decisões monocráticas que extingam ações de competência originária dos tribunais (art. 937, § 3.º), previa a mesma sustentação quando o agravo interno fosse apresentado contra decisões que extinguisse apelação cível, recurso ordinário ou recurso excepcional, no inc. VII, do art. 937. Nessa última hipótese, recebeu um veto da Presidente da República.

Segundo nosso ordenamento, só haverá sustentação oral em agravo interno nos casos de o recurso impugnar uma decisão monocrática final em ação de competência originária.

Boa parte da doutrina entende pela ilegalidade do veto. José Miguel Garcia Medina ensina que a decisão monocrática que julga recurso não é menos importante da que julga ação de competência originária, até porque se pode “ainda estar-se diante de equívoco da decisão monocrática (p. ex., quanto à aplicação dos incs. IV ou V do art. 932 do CPC/2015), a merecer destaque por ocasião do julgamento do agravo interno”.

Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart são enfáticos ao defender que “no agravo interno originário de recurso de apelação ou recurso ordinário ou no

agravo interno decorrente de recurso especial ou de recurso extraordinário caberá sustentação oral. Pouco importa o veto presidencial nesse particular: a opção pelo julgamento monocrático – sobre a qual a parte não tem qualquer ingerência – não pode importar em solapamento do direito à sustentação das razões na sessão de julgamento. Se é possível sustentá-las quando não há julgamento monocrático, por uma questão de igualdade é necessário assegurar o direito à sustentação oral também quando há o julgamento monocrático. Fora daí submete-se o direito da parte a uma sustentação oral a uma condição cuja implementação escapa completamente de seu controle.”

Segundo as ideias aqui defendidas, razão assiste aos processualistas citados acima. Isso porque tanto pela diferenciação errônea que o CPC/2015 faz no que tange à sustentação oral entre ações de competência originária e recursos, e entre julgamentos colegiados e monocráticos, verifica-se um duplo desrespeito à isonomia processual.

Pegando-se exemplos práticos, se dá mais razão ainda aos processualistas. Num caso de recurso especial julgado monocraticamente, se seguir o CPC à risca, a parte jamais terá direito à palavra na tribuna, muitas vezes para alegar ao órgão colegiado um defeito grave no julgamento, que por um infortúnio pode ir contra uma jurisprudência dominante do próprio tribunal superior.

Por isso, defende-se que, por ora, só há sustentação oral no agravo interno no caso de decisão monocrática final em ação de competência originária. Mas, por coerência com o explanado acima, é vital que os regimentos internos dos tribunais tragam tal previsão, o que, como muito bem ressalta José Miguel Garcia Medina , é perfeitamente viável ante o art. 937, IX, do CPC/2015.

Com relação ao julgamento do recurso, na hipótese de inexistência de retratação pelo reator, a primeira afirmação é de que este deve ser feito obrigatoriamente na forma colegiada. Até porque a função do recurso é justamente levar ao órgão colegiado

uma insurgência da parte contra uma decisão unipessoal . Embora a decisão monocrática seja possível em todos os outros recursos, no agravo interno é impossível, pois é justamente o recurso adequado para a impugnação destas decisões. Seria complemente ilógico e ilegal uma decisão monocrática para julgar um agravo interno. O STJ, inclusive, já decidiu ser ilegal este tipo de decisão no mencionado recurso , o que é acompanhado por abalizada doutrina .

Com relação ao conteúdo da decisão, pela redação do art. 1.021, § 3.º, e por influência do dever de fundamentar as decisões judiciais, o órgão colegiado não poderá negar provimento ao recurso repisando os escritos da decisão monocrática recorrida. Deverá o mencionado órgão rebater especificamente os pontos trazidos pelo recorrente e recorrido, dialogando com as partes, pois muitas vezes o recurso traz questões diversas das ventiladas na decisão monocrática recorrida.

6. A MULTA CONSTANTE DO ART. 1.021, §§ 4.º E 5.º, DO CPC

No que tange à multa inserida nos parágrafos quarto e quinto do referido diploma legal, por ter redação similar ao CPC/73, ao que tudo indica, deve ser interpretada nos moldes da jurisprudência do CPC anterior. Sendo assim, a mencionada sanção normativa pecuniária só deve ser aplicada pelo órgão colegiado (e somente pelo órgão colegiado), quando constatada a má-fé processual do agravante. Uma das mudanças é a obrigatoriedade desta decisão colegiada ser unânime.

Diz-se que essa multa dos parágrafos quarto e quinto só pode ser arbitrada no caso de má-fé processual, e não ao advogado inábil, por alguns motivos. A uma porque no caso de inabilidade do procurador por apresentar um recurso manifestamente “inadmissível”, o correto é o envio dos autos à Ordem dos Advogados do Brasil para analisar a penalidade ao advogado conforme o Estatuto da Ordem. Do contrário, estar-se-ia penalizando a parte e não quem realmente cometeu o ato tido

como errôneo. A dois porque o STJ decidiu, inclusive dentro da sistemática dos recursos repetitivos, que a interposição de agravo interno com o intuito de exaurir a instância não pode ser penalizada com multa, ou seja, mesmo que a questão seja a mais trivial ou absurda possível, o recorrente deve interpor obrigatoriamente o recurso para poder recorrer aos tribunais superiores, e isso não pode ser interpretado como um recurso manifestamente “improcedente” ou protelatório. A três porque as penalidades constantes no art. 1.021 advêm das penalidades da parte geral do Código, justamente por litigância de má-fé, como o definido pelo STJ, e assim devem ser interpretadas. Por esses e outros motivos que o STJ decidiu que a mencionada penalidade só pode ser aplicada quando houver litigância de má-fé e não pela falta de habilidade do procurador do agravante.

A sanção aqui tratada só deve ser aplicada em casos esporádicos, tanto pelo valor da multa em si, como pela impossibilidade de recorrer da decisão sem o seu depósito prévio. Seria o caso disso uma reiteração de recursos, onde se constata facilmente o intuito protelatório do recorrente.

Outra mudança com relação à multa restringe-se ao percentual, que foi reduzido. Enquanto na sistemática do CPC/73, o percentual da multa poderia ser fixado entre 1% (um por cento) e 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, no CPC atual, o percentual máximo é de 5% (cinco por cento).

O parágrafo quinto do mencionado dispositivo legal repetiu o texto da parte final do art. 557, § 2.º do CPC/73, determinando que quando fixada a multa do parágrafo quarto, um novo recurso somente poderá ser manejado com o depósito da multa. A ressalva feita pelo CPC atual é de que a fazenda pública e os beneficiários da justiça gratuita não precisam realizar tal depósito para a apresentação do recurso, mas sim ao final do processo.

A referida obrigação de depositar o valor da multa constitui pressuposto objetivo de recorribilidade e tem o intuito de conferir real efetividade ao postulado da lealdade processual, em ordem de impedir que o processo judicial tenha continuidade pela parte que

atua em desconformidade com padrões éticos e da boa-fé. É uma forma de sancionar ainda mais o litigante de má-fé, ao ponto de coibir a recorribilidade posterior. Pontes de Miranda , que brilhantemente trouxe à discussão o fato de que a aplicação da multa prevista no art. 557, §2º, do CPC/1973, ainda que fixada em 1% sobre o valor da causa pode atingir patamares exorbitantes, afronta a Constituição, tanto pelo fato de a multa por litigância de má-fé do parágrafo quarto ferir o princípio da proporcionalidade, quanto pelo condicionamento do recurso posterior ao depósito do respectivo valor por infringir os princípios do devido processo legal e do direito de recorrer. Por isso, em casos de ações com valores exorbitantes, o percentual da multa poderia ser relativizado pelos tribunais ou mesmo permitir a recorribilidade posterior sem o depósito da multa.

7. O AGRAVO INTERNO NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXCEPCIONAL NO TRIBUNAL LOCAL

Uma das inovações do CPC/2015 foi inserir uma hipótese específica de cabimento do agravo interno segundo o art. 1.030, § 2.º. Tal hipótese prevê a hipótese do agravo interno quando a decisão que não admite o recurso excepcional se fundamenta no argumento de que a tese deduzida pelo recorrente é contrária à já julgada em recurso afetado pela sistemática dos recursos repetitivos.

Devido a algumas celeumas que podem surgir com relação a fundamentos trazidos nesta decisão de não admissibilidade, se faz necessário um detalhamento com relação às situações que podem ocorrer na referida decisão e o recurso cabível.

7.1 Da decisão proferida na origem que não admite o recurso excepcional e o cabimento de agravo em recurso especial e em extraordinário (art. 1.042 do CPC)

A presidência do tribunal local tem a competência somente para decidir sobre a admissibilidade do recurso excepcional. No

entanto, essa admissibilidade pode sofrer algumas mitigações. No presente item tratar-se-á de uma admissibilidade ordinária, atinente somente aos pressupostos extrínsecos e intrínsecos dos recursos excepcionais, bem como os específicos constantes da Constituição Federal.

No caso de admissão do recurso excepcional pela presidência do tribunal local, o recurso é encaminhado à corte superior e adentra na referida corte como recurso excepcional, um recurso com mais garantias ao recorrente.

Quando a presidência do tribunal nega admissibilidade ao recurso excepcional com base nos fundamentos acima enumerados, a hipótese legal de cabimento que se apresenta é a do art. 1.042 do CPC, que preconiza o agravo em recurso especial ou extraordinário para impugnar tal decisão.

Tal recurso tem como enfoque fundamental que a decisão de admissibilidade do tribunal local foi errônea e tem como objetivo justificar a admissibilidade do recurso excepcional pelo tribunal superior correspondente,

O referido recurso não tem um processamento complexo. É apresentado por simples petição no prazo ordinário recursal de quinze dias, direcionada à mesma presidência que havia negado a admissibilidade ao recurso excepcional, independentemente de preparo ou juntada de qualquer anexo ou formação de instrumento . Após isso, é verificado se o tema o tema jurídico discutido já é objeto de repercussão geral ou esteja sendo julgado com base na sistemática dos recursos repetitivos . Se o recurso afetado pela sistemática estiver sendo julgado, determina-se o sobrestamento do agravo. Se já tiver sido julgado, e com o estabelecimento de tese no mesmo sentido do recorrente, dá-se a oportunidade ao relator do acórdão recorrido de realizar a retratação e, caso mantido o acórdão recorrido, o recurso é enviado ao tribunal superior com as cautelas legais.

No caso de admissão parcial do recurso, ou seja, caso seja negada a admissibilidade ante a inexistência de dissídio jurisprudencial (alínea “c”, do inc. III, do art. 105, da CF/88),

mas admitido pela correta alegação de tese de contrariedade à norma de direito federal (alínea “a” do dispositivo legal acima citado), o recurso, a despeito de uma não admissibilidade parcial, é enviado ao STJ. Como o recurso é enviado ao STJ como recurso especial e lá são reanalisados os pressupostos de admissibilidade, como afirma José Miguel Garcia Medina, não há interesse em recorrer dessa decisão

Assim que o recurso adentra ao tribunal superior, tem um procedimento parecido com o dos recursos excepcionais, porém sem garantias como a da sustentação oral. Embora o objetivo do agravo em recurso especial e extraordinário seja a admissão do referido recurso excepcional, pode, em alguns casos, a corte superior converter o recurso de agravo em recurso excepcional e julgar este na mesma sessão de julgamento. Em tal situação, será concedido o direito à sustentação oral de acordo com o art. 1.042, § 5.º, do CPC.

Como há a possibilidade de interposição conjunta de recursos especial e extraordinário contra o acórdão recorrido, no caso de não admissibilidade de ambos no tribunal local, deve o recorrente apresentar um agravo para cada recurso negado. Por uma questão de ordem, julga-se primeiro o agravo em recurso especial pelo STJ e, posteriormente, o agravo em recurso extraordinário no STF, conforme preceituam os parágrafos 6.º a 8.º do art. 1.042 do CPC.

7.2 Negativa de seguimento do recurso excepcional decorrente de observância de precedente qualificado e o cabimento de agravo interno (art. 1.021 do CPC). Decisão com duplo fundamento e cabimento dos agravos previstos nos arts. 1.021 e 1.042 do CPC

Ainda na vigência do CPC/73, nos arts. 543-C e segs., o legislador introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto jurídico dos recursos repetitivos, ou recursos especiais julgados sob a sistemática dos recursos repetitivos, este sendo um fenômeno que “deve ser entendido como mecanismo que propicia

a previsibilidade, mitigando a instabilidade jurídica” . Resumidamente, a corte superior selecionava dois ou mais recursos que deveriam servir como recursos-modelos, suspendia-se todos os recursos que versassem sobre a mesma questão jurídica e, quando julgados os modelos, o restante teria o mesmo resultado, e a mesma sorte teriam os posteriores que versassem sobre questão de direito idêntica. Ou seja, extraísse a eficácia erga omnes para os casos posteriores, sendo obrigatório que todas as causas julgadas tivessem o mesmo destino. O STJ admitia, inclusive, como causa objetiva para ação rescisória um desrespeito a recurso repetitivo , e também entendia como dever de ofício do magistrado conhecer questão julgada sob a sistemática dos repetitivos sob pena de cabimento de embargos de declaração - .

A premissa da sistemática dos recursos repetitivos é justamente solidificar o entendimento sobre uma questão de direito e eliminar a discussão sobre a mesma. Com tal ideia, o STJ, devido ao julgamento da questão de ordem n. 1.154.599/SP , passou a entender que como a sistemática dos recursos repetitivos tem como um de seus objetos o de impedir que a questão federal decidida sob a referida sistemática adentre no tribunal superior novamente, deveria o recurso que discute tal questão ter decisão terminativa no próprio tribunal local. Por isso, a corte superior preceituou pelo não cabimento do agravo em recurso especial contra a decisão do tribunal local que nega seguimento a recurso especial com base na contrariedade de tese fixada em sede de recurso repetitivo.

A referida premissa foi no sentido de que não poderia ser admissível o agravo em recurso especial contra a decisão que, em sede de juízo de admissibilidade de recurso excepcional no tribunal local, nega seguimento ao recurso por contrariedade a tese fixada em repetitivo, o que implicou no cabimento do agravo interno ao órgão ao qual o Desembargador prolator da decisão era vinculado. Vê-se que o sistema jurídico “criou” um recurso não previsto no ordenamento para a situação. A evolução do pensamento jurisprudencial levou ao entendimento de que o recurso cabível

contra a decisão monocrática que não admite recurso excepcional, na presidência do tribunal local, era o agravo interno segundo a ratio decidendi da referida questão de ordem. Ainda, segundo a jurisprudência do STJ, caberia o agravo interno do art. 1.021 do CPC quando a decisão da presidência negasse seguimento ao recurso especial tão somente com base na contrariedade à tese fixada em sede de recurso repetitivo. No caso de a decisão se basear unicamente na ausência dos requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais ou, ainda, se basear na ausência de requisitos de admissibilidade e também na contrariedade à tese fixada em recurso julgado sob a sistemática dos repetitivos, o recurso cabível seria o agravo em recurso especial.

Nesta última hipótese em especial, a de a decisão da presidência do tribunal conter fundamento duplo – não admitindo o recurso especial tanto por ausência de requisito de admissibilidade quanto por contrariedade a tese fixada em sede de repetitivo – o STJ entendia como cabível somente o agravo em recurso especial, sendo inviável a apresentação de tal recurso contra o primeiro dos fundamentos e o agravo interno contra o segundo. A Corte Superior chegou até a classificar a dupla recorribilidade como esdrúxula ante o desrespeito ao princípio da unirecorribilidade.

Pois bem. Ocorre que o CPC/2015 positivou a mesmíssima situação da ventilada questão de ordem julgada pela corte superior. O art. 1.030, § 2.º, do CPC, passou a prever expressamente o agravo interno do art. 1.021 contra a decisão que negar processamento ao recurso excepcional por confronto com tese fixada em recurso repetitivo. Essa questão da recorribilidade pelo duplo fundamento voltou ao debate. E, paradoxalmente, passou-se a admitir os dois recursos, sendo a primeira manifestação de tal pensamento ocorrida na Jornada de Processo Civil do Conselho da Justiça Federal de 2017 .

Embora não cite o enunciado, a jurisprudência posterior àquele pensamento passou a admitir os dois recursos quando a decisão de não admissibilidade do tribunal local se baseasse nos dois fundamentos, tanto na ausência de requisitos de admissibilidade

quanto na contrariedade a tese fixada em recurso julgado sob a sistemática dos repetitivos.

Sendo assim, hodiernamente, pela sistemática processual civil: a) da decisão da presidência que não admitir recurso excepcional com base na ausência de requisitos de admissibilidade do mesmo é impugnável via agravo em recurso especial ou extraordinário nos moldes dos arts. 1.030, § 1.º e 1.042 do CPC; b) da decisão que nega seguimento a recurso excepcional com fundamento de que este deduz tese contrária à fixada em recurso julgado pela sistemática dos repetitivos, caberá agravo interno com base nos arts. 1.030, § 2.º e 1.021 para o órgão colegiado a que pertença o Desembargador prolator da decisão monocrática; c) caso a decisão denegatória se fundamente nas letras “a” e “b”, caberá tanto o agravo interno quanto o agravo em recurso excepcional.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, constata-se que pela sistemática do CPC/73, tinham-se dois agravos contra as decisões monocráticas: (a) o agravo interno, previsto no art. 557, §1.º, que visava impugnar as decisões extintivas de recursos, onde se alegava que as referidas decisões monocráticas não encontravam fundamentação no caput ou no seu §1.º-A; (b) o agravo regimental, previsto no art. 39 da Lei 8.038/90, que visava impugnar todas as outras decisões monocráticas.

Com a sistemática introduzida pelo CPC/2015, verificou-se um grande acerto do legislador em “unificar” o recurso – denominado de agravo interno – contra qualquer decisão monocrática, seja a proferida em recurso ou em ação de competência originária dos tribunais. A única “unificação” que não ocorreu foi com relação à regularidade formal do recurso. Nas hipóteses em que na sistemática do CPC/1973 caberia agravo regimental, a fundamentação deve ser no sentido de reformar a decisão recorrida, impondo outra motivação e dispositivo à mesma. Nas hipóteses em que na sistemática anterior caberia

agravo interno, a argumentação deve ser no sentido de que a decisão monocrática não deveria ocorrer e o recurso deveria ter seu processamento ordinário.

Com relação ao processamento, salientou-se importantes mudanças trazidas pelo CPC/2015 como: a) o prazo recurso de quinze dias úteis para a interposição do recurso; b) a obrigatoriedade de manifestação do recorrido, no mesmo prazo, para atender ao princípio constitucional do contraditório; c) a imposição de designação e intimação de pauta para o julgamento do recurso; d) a inserção de uma possibilidade de sustentação oral em agravo interno nos casos em que o recurso impugna decisão monocrática final em ação de competência originária.

No que tange à multa inserida nos parágrafos quarto e quinto do referido diploma legal, se asseverou que, por ter redação similar ao CPC/1973, ao que tudo indica, nos mesmos moldes deverá ser interpretada. A mencionada sanção normativa pecuniária só deve ser aplicada pelo órgão colegiado, em votação unânime, quando constatada a má-fé processual do agravante.

Ainda com relação à multa pecuniária ventilada, também se constatou uma mudança no seu percentual, com uma redução do máximo de dez para cinco por cento.

Por fim, no tocante à possibilidade de agravo interno preconizada no art. 1.030, § 2.º do CPC, que são as decisões de não admissibilidade de recurso excepcional pela presidência do tribunal local por contrariedade a tese fixada em recursos repetitivos, concluímos que pela sistemática processual civil: a) da decisão da presidência que não admitir recurso excepcional com base na ausência de requisitos de admissibilidade do mesmo é impugnável via agravo em recurso especial ou extraordinário nos moldes dos arts. 1.030, § 1.º e 1.042 do CPC; b) da decisão que nega seguimento a recurso excepcional com fundamento de que este deduz tese contrária à fixada em recurso julgado pela sistemática dos repetitivos, caberá agravo interno com base nos arts. 1.030, § 2.º e 1.021 para o órgão colegiado a que pertença o Desembargador prolator da decisão monocrática; c) caso a decisão

denegatória se fundamente nas letras “a” e “b”, caberá tanto o agravo interno quanto o agravo em recurso excepcional.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Agravo regimental. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 315, 1962.

ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JUNIOR, 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,

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Os agravos interno e regimental. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. Comentário ao Art. 1021 do Novo Código de Processo Civil. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. O princípio da colegialidade e a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 527 do CPC. In: Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. 77. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. MEDINA, José Miguel Garcia. Breves considerações sobre os embargos de declaração no novo CPC. In: SARRO, Luís Antônio Giampaulo. (Org.). Novo Código de Processo Civil. Principais alterações do sistema processual civil. 2. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo. Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de direito processual civil moderno. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Novo Código de Processo Civil comentado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VIII: arts. 539 a 565. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios fundamentais. Teoria geral dos recursos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEQUENOS DIÁLOGOS ENTRE A JUSTIÇA, O DIREITO E A ARTE

Regina Vera Villas Bôas

“Saiu o Semeador a semear. Semeou o dia todo e a noite o apanhou, ainda, com as mãos cheias de sementes. Ele semeava tranquilo sem pensar na colheita porque muito tinha colhido do que outros semearam. Jovem, semeia como o Semeador: com otimismo. Semeia com idealismo as sementes vivas da Paz e da Justiça”(Cora Coralina - Mascarados)

Resumo: O presente texto homenageia o Direito Fundamental ao Acesso à Justiça, realizando diálogos das fontes “Justiça, Direito e a Arte”. A Justiça é festejada a partir da evolução do conceito de Justiça, passando pela Justiça distributiva, Justiça comutativa, Justiça social e Justiça ambiental, destacando-se, notadamente a Equidade, entendida como a Justiça que propõe cuidados e respeito aos direitos de cada ser humano, mediante a materialização do valor “igualdade”, resgatando valores da essência humana, ao identificar a Equidade dulcificadora. A metodologia da investigação se vale de lições extraídas de documentos oriundos de doutrinadores do Direito, de proficinas de grandes pensadores, de poemas e de letras musicais célebres, já declamadas e cantadas publicamente, todos corroborando a relevância do valor “justiça”.

Palavras-chave: Diálogos de Fontes: Justiça; Direito; Arte; Equidade; Efetividade da Justiça; Arte Musical; Arte Poética; Arte Filosófica dos Pensadores.

1. INTRODUÇÃO

Presenciar, na sociedade atual, cenários em que a desigualdade social se mostra robusta e crescente, apontando tendências de

mudanças do valor “igualdade”, tem sido frequente e, cada vez mais real. Cenas do cotidiano têm sido confundidas, muitas vezes, com a ficção, projetada nas telas de cinema e de novos instrumentos midiáticos, mostrando simbiose “quase perfeitas” entre os respectivos mundos. Esse fato é relevante e desafiador de reflexões sobre os contemporâneos conceitos de igualdade, desigualdade, vulnerabilidade, dignidade humana, em face da materialização da Justiça Social.

Pensar o alcance e abrangência do valor “Justiça e a Justiça Social” é ir além das peculiaridades que distinguem cada pessoa de seu semelhante. Pensar o alcance e abrangência do valor “Justiça e a Justiça Social” é refletir sobre a adequada medida a ser considerada sobre a desigualdade, que exige a adaptação do conceito ao caso concreto apreciado e das normas formais que instruem sobre a igualdade.

Fato é que as necessidades de cada ser humano se modificam conforme as mudanças sociais, existindo necessidades básicas que permanecem, guardando correspondência com os valores da essência humana.

Tradicionalmente, a doutrina tem ofertado quatro principais entendimentos ao vocábulo Justiça: 1) *justiça distributiva* é aquela que exige do Estado a repartição dos bens e dos encargos aos membros da sociedade; 2) *justiça comutativa* é a que se localiza no âmbito do Direito Privado, regulando as relações de troca - obrigação de cada parte em uma relação jurídica - exigindo o cumprimento de cada parte na relação; 3) *justiça geral* que normalmente é expressa por lei, e se relaciona à contribuição de cada membro da comunidade ao bem comum, como é o caso do serviço militar obrigatório; 4) *justiça social* é a que objetiva proteger os mais vulneráveis, incluídos os desamparados, por meio de instrumentos que consigam realizar uma melhor distribuição das riquezas.

Quanto à equidade, recordando-se, por primeiro, da *Ética a Nicômaco* em que Aristóteles a relaciona com “*a correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade*”. A aplicação

da equidade exige do aplicador do direito bom senso e enorme sensibilidade, evitando, assim, alijamento do mundo jurídico, das normas gerais impostas à sociedade. O nosso ordenamento jurídico permite ao magistrado realizar julgamento com base na equidade, nas ocasiões marcadas pela ausência de normas positivadas, colmatando lacunas jurídicas e legislativas.

Sendo a equidade considerada como a justiça do caso concreto, ela pode ser considerada como *modus operandi* de todas as ações do julgador, sempre pronta a buscar equilíbrio e proporcionalidade na submissão do caso particular ao conceito da norma jurídica para, ao final, realizar a Justiça.

O vocábulo “Equidade” tem origem latina (*aequitas*), significando busca persistente da justiça que trata de cada indivíduo, conforme a sua natureza particular. Ela pode ser considerada como um conceito que releva a igualdade, baseando-se no respeito aos direitos de cada um. Em termos económicos ou financeiros, a equidade diz respeito à distribuição justa da riqueza, entre os membros de uma sociedade, e à moderação nos preços no que diz respeito às cláusulas de um contrato.

A vulnerabilidade pode se referir a particularidades que designam estado de fragilidade, delicadeza, fraqueza, insegurança, instabilidade, destrutibilidade. O vulnerável (e sua família) pode estar exposto à exclusão social, vivendo à margem da sociedade, excluído por fatores socioeconômicos e/ou ambientais, entre outros, os que marcam o estado de vulnerabilidade social, como condições precárias de moradia e de saneamento básico, meios inexistentes de subsistência, e ausência de ambiente familiar.

Esses fatores compõem um estágio de risco social relacionado ao estado em que o indivíduo deixa de ter condições de usufruir e exercitar direitos e deveres igualmente aos outros cidadãos, em razão de desequilíbrios sociais e económicos, ou perde a sua representatividade social, dependendo a sua sobrevivência de auxílios de terceiros. São vulneráveis as mulheres, as crianças, os idosos, as pessoas com deficiência, todos elas indicando estado de maior fragilidade perante outros grupos social. Possuem condições

sociais, culturais, políticas, étnicas, econômicas, educacionais e de saúde diferente de outras pessoas, o que resulta situação desigual. O fato de existir pessoas vulneráveis já impõe a existência de desigualdade na sociedade.

Existe um conceito de vulnerabilidade, conhecido como conceito polissêmico, que é utilizado por distintas disciplinas e áreas de conhecimento, entre outras, na do desenvolvimento e sustentabilidade, da segurança alimentar, dos problemas de saúde pública, dos desastres tecnológicos e da natureza e das mudanças climáticas globalizadas. Observa-se que referido uso se relaciona às abordagens sistêmicas, em virtude da complexidade das temáticas que envolvem essa matéria e, simultaneamente, diferentes perspectivas ou subsistemas de diversos âmbitos acadêmicos, fatos esses que exigem investigações inter e/ou transdisciplinares⁵⁵.

O movimento da Justiça Ambiental busca a integração entre a dimensão ambiental, o direito, a política, a economia e democracia, por meio de ações transformadoras, revelada, muitas vezes, por lutas contra discriminações grupais e consequências maléficas do desenvolvimento industrial, tecnológico e econômico e industrial.⁵⁶ A Justiça Ambiental coloca como alternativa das vertentes do ambientalismo internacional: a) a *preservacionista*, centrada no “culto ao silvestre; e b) a da ecoeficiência, que busca articular a noção de desenvolvimento sustentável com os mecanismos de mercado, baseados na valoração das externalidades, gestão ambiental eficiente e manejo dos recursos naturais e ciclos de produção-consumo que sustentam a economia do país.

2. DIÁLOGOS ENTRE A JUSTIÇA, O DIREITO E A ARTE

Os diálogos ora realizados são extraídos de lições oriundas de doutrinadores do Direito, de proficinas de grandes pensadores, de poemas e de letras musicais célebres cantadas e declamadas publicamente, todos eles corroborando a relevância do valor “Justiça”.

Ghandi, por exemplo, afirmava que o sucesso não estava na conquista, mas sim, em todo o percurso o que significava dizer que a alegria estaria na luta, na tentativa, no sofrimento envolvido, e não na vitória, propriamente dita. Pregava que a resposta somente podia ser dada no fim dos conflitos religiosos, e que com o “Olho por olho” o mundo acabaria cego. Dizia que a autoavaliação era essencial à verdadeira justiça porque, somente, conhecendo os próprios erros, se faria diferentemente com os outros, chegando-se à justa avaliação de uns e de outros.

Observa-se que a Justiça aclamada por Ghandi considerou o valor invocado por Talião como uma Justiça cega, que não favorecia à equidade, já que o “olho por olho” implicava uma vingança (privada), que não se preocupava com a ponderação, valor necessário à efetividade da Justiça. Conclamou, entre tantos “bons valores”, o do autoconhecimento, implicando a consideração necessária que todos deviam ter com os seus semelhantes.

Os pensamentos de Confúcio (551aC e 479 aC) podem ser invocados por meio da Justiça e da Ética e, também, por valores relevantes como a sinceridade e a honestidade. Afirmava que as reflexões de cada ser humano indicavam algumas lições a serem seguidas por todos, entre as quais se encontrava a de ser coerente e agir conforme se profetizava, profetizando de acordo com a sua conduta. Pregava a compreensão de que falar seria muito fácil e que agir exigia outras compreensões relevantes, razão pela qual devia o homem realizar um grande esforço para igualar as suas ações com a sua fala. Os discursos são seguidos pela prática, na medida em que se é fiel aos compromissos e responsabilidades, mantendo, assim, a dignidade e respeito próprio.

Afirmava, também, que a melhor maneira de o homem ser feliz, era contribuir com a felicidade dos outros, e que se cada qual contribuísse com a construção da felicidade alheia, o mundo absorveria a paz, que estaria livre para reinar, sempre.

Outras importantes lições proclamadas por Confúcio diziam respeito à necessidade de o homem corrigir as próprias falhas, ato

que, não praticado, correspondia a pior de todas as falhas; e a necessidade de o homem não agir como um covarde, na medida em que “saber o que é correto e não o fazer” implicava covardia, falta de coragem.

Pregava, ainda, o pensador que por mais que pudesse ser considerado pouco “*fazer alguma coisa em prol de seus objetivos é melhor do que fazer nada*”, desde que os objetivos fossem equilibrados, caminhando com o equânime e para o justo.

Por derradeiro, afirmava Confúcio que o homem não podia mudar o vento, mas podia ajustar as velas do barco para chegar onde quisesse, o que implicava a necessidade de o homem ser mais flexível com as situações da vida, despertando a sua capacidade de adaptação às mais diferentes realidades. Lembrava que as coisas nem sempre saíam como eram planejadas, e que, nem por isso, deviam ser abandonadas, porque podiam ser reorganizadas, dando sequência à caminhada equilibrada do homem.

Entre tantas lições deixadas por Confúcio, a necessidade do agir equilibrado, com ponderação, praticando valores éticos e coerentes com aqueles propagados, tendo atitude ativa na busca dos valores da Justiça e, em todos os sentidos por ela exaltados, podem ser considerados como extremamente relevantes à realidade social contemporânea, que luta contra tantas violências e agressões cometidas contra o homem e pelo homem. A luta pelo justo, ainda, consegue caminhar na direção do resgate dos valores da essência humana.

Muitas são as célebres letras de músicas que realizam ricos diálogos com o Direito e a Justiça, entre outras, podem ser lembradas: 1) a “*Justiça cega*” de João Ramalho, que invoca “Tirem a venda dos olhos da justiça, para que ela possa enxergar, mais claramente, o que se passa bem ali, na sua frente, bem no silêncio, da cobiça, dos palácios, dos espelhos e espaços, que não brilham mais, nunca mais (...); 2) a não “*Justiça*” de Cazuzza, que exalta “Porque não há justiça no mundo, não acredito em justiça, porque não há justiça no mundo; não acredito em justiça (...); porque uns sofrem à beça, sem ter feito nada a ninguém; outros, como eu, são

doentes e sentem dor; outros voam de asa-delta, e nadam no mar; porque não há justiça na terra; na terra não há justiça (...); 3) na “*Rosa de Hiroshima*”, cantada por Ney Matogrosso, que dialoga com a vida e com a morte e as consequências trágicas que traduzem um não Direito dos sobreviventes “ Pensem nas criança, mudas telepáticas; pensem nas meninas, cegas inexatas; pensem nas mulheres, rotas alteradas;, pensem nas feridas, como rosas cálidas. Mas, oh, não se esqueçam, da rosa da rosa, da rosa de Hiroshima - a rosa hereditária - a rosa radioativa, estúpida e inválida; a rosa com cirrose, a anti-rosa atômica, sem cor sem perfume, sem rosa sem nada”.

E para marcar um diálogo profundo entre o Direito, a Justiça Ambiental e a Poesia, traz-se “*O Cântico da Terra*” de Cora Coralina que revela: “Eu sou a terra, eu sou a vida; o meu barro primeiro veio o homem; de mim veio a mulher e veio o amor, veio a árvore, veio a fonte, vem o fruto e vem a flor. Eu sou a fonte original de toda vida. Sou o chão que se prende à tua casa. Sou a telha da cobertura de teu lar. A mina constante de teu poço. Sou a espiga generosa de teu gado, e certeza tranqüila ao teu esforço. Sou a razão de tua vida. De mim vieste pela mão do Criador, e a mim tu voltarás no fim da lida. Só em mim acharás descanso e Paz. Eu sou a grande Mãe Universal. Tua filha, tua noiva e desposada. A mulher e o ventre que fecundas. Sou a gleba, a gestação, eu sou o amor. A ti, ó lavrador, tudo quanto é meu. Teu arado, tua foice, teu machado. O berço pequenino de teu filho. O algodão de tua veste e o pão de tua casa. E um dia bem distante a mim tu voltarás”.

3. NOTAS FINAIS

Estabelecer diálogos entre o Direito, a Justiça e a Arte é sobretudo entender e sentir a realidade vivida pelo homem. Compreender melhor os conceitos de Justiça, Equidade, Direito, Dignidade Humana é integrar referidos conceitos às realidades humanas que se manifestam pelos âmbitos da vulnerabilidade.

O conceito de vulnerabilidade, ainda que abordado por com diferentes prismas, deve ser considerado na compreensão dos problemas sociais, econômicos, políticos, culturais, ambientais, jurídicos, entre outros tantos, o que pode ser feito por meio abordagens inter, multi e transdisciplinares, contemplando os direitos fundamentais constitucionais.

Abordada a Justiça, nesse contexto e, trazendo ao diálogo célebres poemas, pensamentos filosóficos e letras de músicas, pode-se estimular o desenvolvimento de ações e condutas ativas que busquem transformar a realidade, de maneira a torná-la melhor, para todos: vulneráveis de todas as ordens e matizes, e não vulneráveis, reconhecendo-se a importância de todos os seres vivos à dimensão da ecologia geral, garantidora da vida sadia no planeta, além das dimensões ética e social .

Por derradeiro, dialogar com os âmbitos do Direito, do Justo e da Arte é propagar o conhecimento desafiando reflexões , conforme afirmado por Confúcio, ao revelar que “ *Se você tem uma laranja e troca com outra pessoa que também tem uma laranja, cada um fica com uma laranja. Mas, se você tem uma ideia e troca com outra pessoa que, também, tem uma ideia, cada um fica com duas ideias*”.

REFERÊNCIAS

CORALINA, Cora. *Poemas dos becos de Goiás e estórias mais*, 23ª ed., São Paulo, Global, 2014.

_____. *Melhores Poemas/Cora Coralina*. Seleção de Darcy França Denófrio, SP: Global, 2004.

FLORES, Joaquín. Herrera, *El Proceso Cultural: materiales para la creatividad humana*. Sevilha: Aconcágua, 2005.

Martinez-Alier, Joan. *O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração*. São Paulo: Contexto, 2007.

PORTO, Marcelo Firpo de Souza. Complexidade, processos de vulnerabilização e justiça ambiental: um ensaio de epistemologia política. Marcelo Firpo de Souza Porto.

Disponível em <https://journals.openedition.org/rccs/8380>. Acesso em 30/out/2019 – Artigos - Complexidade, processos de vulnerabilização e justiça ambiental: um ensaio de epistemologia política. Marcelo Firpo de Souza Porto, p. 31-58; Porto, 2007; Turner II et al., 2003; Cutter et al., 2003; Füssel, 2007.

[55] Disponível em <https://journals.openedition.org/rccs/8380>. Acesso em 30/out/2019 – Artigos - Complexidade, processos de vulnerabilização e justiça ambiental: um ensaio de epistemologia política. Marcelo Firpo de Souza Porto, p. 31-58; Porto, 2007; Turner II *et al.*, 2003; Cutter *et al.*, 2003; Füssel, 2007.

[56] Martinez-Alier, Joan. *O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração*. São Paulo: Contexto, 2007, p. 27.

PRECEDENTES JUDICIAIS

Luciano Rinaldi

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 busca, por meio dos precedentes judiciais, conferir maior efetividade, racionalidade e credibilidade ao nosso sistema. A segurança jurídica impõe aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. A observância aos precedentes judiciais, sobretudo em matérias repetitivas, qualifica a prestação jurisdicional, contribui para redução da litigiosidade e aumenta a credibilidade do Poder Judiciário, na medida em que impede a aplicação de soluções diferentes para casos idênticos.

Palavras chave: Precedentes vinculantes; Precedentes persuasivos; Reclamação; Segurança jurídica; Jurisprudência; Uniformização; Estabilidade; Integridade; Coerência; Acesso à justiça; Judicialização; Superação; Distinção.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos numa sociedade altamente beligerante, habituada a resolver suas questões no Poder Judiciário. Passados mais de 30 anos da redemocratização, quando se garantiu o direito fundamental de acesso à justiça na Constituição Federal de 1988, nossa sociedade continua insistindo na judicialização para solução dos conflitos, sobrecarregando os tribunais do País. O elevadíssimo volume de processos em curso na Justiça brasileira prejudica a prestação jurisdicional, que se torna ineficiente em razão da morosidade, insegurança jurídica e descrédito.

O Código de Processo Civil de 2015, promovendo uma profunda reformulação em nosso ordenamento, implementou

conceitos inovadores que buscam dar efetividade e dinamismo aos processos judiciais. A nova lei valoriza o precedente judicial (previsibilidade, estabilidade, igualdade e segurança jurídica), o contraditório (princípio da não-surpresa), a singularização e qualificação das decisões (fundamentação adequada e vedação às decisões genéricas), a preponderância do julgamento do mérito (concentração de atos processuais e vedação às armadilhas processuais), o estímulo aos meios consensuais (mediação e conciliação), a limitação dos recursos (extinção dos embargos infringentes, embargos declaratórios sucessivos), desestímulo aos recursos infundados (honorários de sucumbência recursal), dentre tantas outras inovações.

Para que o código alcance seu objetivo de aprimorar o sistema processual, é fundamental que o intérprete valorize as normas fundamentais, que orientam a compreensão de todos os demais dispositivos. Na aplicação do CPC-15, o juiz deve ter compromisso real com a razoável duração do processo, buscando a solução de mérito justa e efetiva. Deve estimular a cooperação e reprimir atos contrários à boa-fé - objetiva e subjetiva - que atentem contra a dignidade da jurisdição. Respeitando o contraditório e o princípio da não-surpresa, deve combater expedientes manifestamente infundados, que representem abuso no exercício das garantias processuais.

O processo deve caminhar em linha reta rumo à decisão final, preferencialmente de mérito. Observando sempre as garantias constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, deve o juiz conduzir os processos com foco na efetividade e razoável duração, superando as barreiras do formalismo vazio.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA , jurista de incomparável grandeza, que exerceu a magistratura como desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pelo quinto constitucional, ensinou que o excesso de formalismo em nada contribuiu para o sistema de justiça, e que é possível conjugar boa-técnica e solução justa. Vejamos:

“O excesso de tecnicismo, que às vezes tem ameaçado converter o estudo do processo num exercício de acrobacia intelectual sem compromisso com a realidade, produz ao menos duas conseqüências altamente indesejáveis. Consiste a primeira em ocupar com a inútil sutileza de filigranas dogmáticas tempo e energia que melhor se aplicariam noutras tarefas. A segunda, não menos nociva, consiste em provocar em muitos espíritos, à guisa de reação, certo desprezo pela técnica, instrumento de trabalho contudo imprescindível a quem quer que aspire a ultrapassar o plano do diletantismo amadorístico e fazer obra científica séria. (...) Engana-se quem supõe que a obediência à boa técnica afaste os julgadores do caminho da justiça. Quinze anos de experiência judicante no Tribunal de Justiça do meu Estado convenceram-me de que, quando a solução à primeira vista tecnicamente correta de uma questão conduzia a decisão suspeita de injusta, era aconselhável rever as premissas e a articulação do raciocínio, em que não raro se escondia vício responsável pelo desvio”.

No presente estudo, concentro-me nos precedentes judiciais que, na minha avaliação, podem contribuir para reduzir a instabilidade jurisprudencial que ainda se verifica no País, estimulando a redução da litigiosidade no Brasil, especialmente em ações seriais, repetitivas. O ideal de justiça é incompatível com resultados diferentes para questões idênticas (‘*treat like cases alike*’). O princípio da isonomia justificou a implementação do sistema de precedentes no atual Código de Processo Civil, como forma de reduzir a instabilidade decisória.

2. INTERPRETAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica é um dos pilares do atual Código de Processo Civil, cabendo aos tribunais, por força da regra do artigo 926, o dever de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. É um preceito de igualdade que emana da própria Constituição Federal.

Busca-se, verdadeiramente, conciliar os princípios da efetividade e da razoável duração. No mais das vezes, as lides devem ser resolvidas por decisão de mérito, com fundamentação adequada, integridade e coerência, atentando-se para os precedentes judiciais. A isonomia exige que casos idênticos sejam decididos da mesma forma, evitando-se o resultado lotérico, que muitas vezes se verifica na escola da Civil Law. A função jurisdicional deve ser exercida a partir de uma leitura racional do direito, hígida, mediante interpretação legítima e possível das normas jurídicas.

Com efeito, a interpretação e aplicação das normas, pelo juiz, não pode representar um superpoder de atribuir ao texto legal um significado novo, deturpando a proposição verdadeira, sob pena de desempenhar um papel legislativo que democraticamente não lhe cabe. E é forçoso reconhecer que o “livre convencimento” acaba gerando soluções diferentes para causas idênticas, deixando o jurisdicionado à mercê da discricionariedade judicial.

EDUARDO J. COUTURE, ao discorrer sobre a interpretação das leis processuais, formulou importante advertência:

“Ninguém, certamente, considera que interpretar a lei seja interpretar a passagem de um artigo ou de um inciso, colocando-o ao microscópio e examinando suas partículas, absolutamente desinteressado de todo o organismo vivo, do qual faz parte esse fragmento. Isso não é interpretar, é apenas ler um texto. A leitura pode ser tão inteligente e compreensiva quanto se queira; poderá o leitor conhecer a etimologia de todas e de cada uma de suas palavras, dominando suas raízes históricas; poderá ser ele um sagaz crítico gramatical, capacitado a pôr em relevo as exatidões ou os erros do trecho examinado. Mas se o trabalho não vai além disso, se se limita a examinar o fragmento que se encontra ao microscópio, não haverá interpretação. Toda tarefa interpretativa pressupõe trabalho de relacionar a parte com o todo. O sentido é extraído inserindo-se a parte no todo”.

Por sua vez, HUMBERTO THEODORO JUNIOR assinala que:

“Sim, a interpretação do juiz não deve ser servil à literalidade da lei, porque nela influem razões axiológicas inevitáveis no ato de concretizar o preceito abstrato traçado pelo legislador. Para tanto, não violará a lei, mas fiel a ela, desvendar-lhe-á o sentido justo e adequado, em conformidade com preceitos de hermenêutica que o próprio direito consagra. É nesse plano que a moral interfere na aplicação dos preceitos jurídicos. Dá-lhes harmonia e aprimoramento, no rumo de realizar a justiça, sem, entretanto, revogá-los ou desprezá-los. Outorga-lhes mais sentido e maior virtude, tornando-os mais justos e equânimes”.

3. O ACESSO À JUSTIÇA E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

A Constituição de 1988 consagrou, no art. 5º, XXXV, dentre do rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O fortalecimento do acesso à justiça (ou direito de ação), como forma de exercício da cidadania por meio da efetivação de direitos, importou, por outro lado, no fenômeno da judicialização (massificação de demandas), que fez desaguar no Poder Judiciário uma quantidade extraordinariamente elevada de processos.

Desde 1988, novos diplomas jurídicos foram promulgados para assegurar o acesso à justiça, tais como a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e o Código de Defesa do Consumidor. A sociedade sentiu-se encorajada a litigar, a reclamar seus direitos, inclusive a população de baixa renda, amparada na assistência judiciária gratuita.

O Código de Processo Civil de 1973, mesmo com todas as suas reformas, tornou-se incapaz de resolver o grave problema da judicialização, tornando necessária uma nova lei procedimental. O código em vigor, alinhado à Constituição Federal, respeita a garantia fundamental do acesso à justiça e, ao mesmo tempo, oferece ferramentas para agilizar o trâmite dos processos,

sobretudo em temas repetitivos, como no direito do consumidor, previdenciário e tributário.

4. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E O DEVER DE ESTABILIDADE, INTEGRIDADE E COERÊNCIA

Como já mencionamos, o artigo 926 do CPC impõe aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

Jurisprudência e Precedente não são termos sinônimos. A jurisprudência é genérica, remetendo à ideia de conjunto reiterado de acórdãos num mesmo sentido, representando o entendimento sedimentado de um tribunal sobre determinado tema. O precedente, a seu turno, é a decisão do caso concreto, individualizada, e que serve de parâmetro para outras decisões, de forma persuasiva ou obrigatória. Logo, pode-se dizer que jurisprudência é o conjunto de precedentes.

Nas palavras de RONALDO CRAMER :

“A distinção entre precedente e jurisprudência é praticamente quantitativa. Precedente refere-se a uma decisão sobre um caso, ao passo que jurisprudência é substantivo coletivo, que designa o coletivo de decisões dos tribunais ou de um tribunal no mesmo sentido a respeito da mesma questão.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira observam, com propriedade, que a jurisprudência constitui o precedente reiterado. Os referidos autores, inclusive, demonstram a relação entre precedente, jurisprudência e súmula:

‘Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal.

Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da ‘ratio decidendi’ (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente.

Há, pois, uma evolução: precedente - jurisprudência - súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas (Curso de direito processual civil, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p.487).”

Analise os quatro deveres que o art. 926 impõe aos tribunais.

O dever de uniformidade consiste na obrigação de o tribunal zelar pela segurança jurídica, no sentido da unicidade do direito, de modo a evitar decisões divergentes sobre temas idênticos, seja pela edição de súmulas, seja pela fixação de teses jurídicas de aplicação obrigatória.

O dever de estabilidade se materializa na construção de precedentes consistentes, bem fundamentados e de difícil superação, capazes de refletir, com clareza, o pensamento dominante no tribunal acerca de determinado tema. A estabilidade também impõe que o tribunal siga seus próprios precedentes.

O dever de integridade exige que a decisão judicial seja fundamentada em precedentes anteriores e princípios constitucionais, em harmonia com o Direito, livre de voluntarismos, discricionariedades e arbitrariedades, conferindo, assim, previsibilidade e credibilidade ao julgamento. Julgar com integridade é respeitar a unicidade do direito.

O dever de coerência, finalmente, consiste na observância aos precedentes, ao julgamento uniforme e homogêneo em demandas idênticas, dentro da ideia de igualdade e respeito ao Direito. A coerência repulsa a discricionariedade decisória; a solução antagônica em demandas análogas; a ideia equivocada de que cada juiz pode interpretar o Direito como bem entender.

O art. 926 do Código de Processo Civil serve como farol de alerta no exercício da atividade jurisdicional. Lembra que os juízes são órgãos de um mesmo corpo, que somente funcionará se todos atuarem em prol do seu bom funcionamento, de forma harmônica e coletiva, sem individualismos.

5. INTERPRETANDO O ART. 927 DO CPC

Estabelece o art. 927 do Código de Processo Civil que os tribunais observarão (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal

em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade possuem efeito vinculante e produzem eficácia contra todos (*erga omnes*), seja em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, seja em relação à administração pública direta ou indireta, tanto nas esferas federal, estadual e municipal. É o que se extrai o art. 102, § 2º da Constituição Federal . Logo, o inciso I do art. 927, sintonizado com a regra constitucional, evidencia que a hipótese é de vinculação obrigatória.

A observância obrigatória aos enunciados de súmula vinculante decorre do disposto no art. 103-A da Constituição Federal , afastando qualquer dúvida acerca da sua vinculação aos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta.

Os acórdãos proferidos em Incidente de Assunção de Competência (IAC), em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos devem ser obrigatoriamente aplicados. Em relação ao IAC, dispõe o artigo 947, § 3º do CPC que o acórdão vinculará todos os juízes e órgãos fracionários do respectivo tribunal, exceto se houver revisão de tese. Quanto ao IRDR, preceitua o artigo 985 do CPC que a tese jurídica fixada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (inciso I); bem como aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do

tribunal, salvo revisão na forma do artigo 986 (inciso II). Por último, os acórdãos proferidos em julgamento recursos extraordinário e especial repetitivos também são vinculantes em razão do disposto no art. 1040 do CPC , porquanto a tese fixada no acórdão paradigma, nos tribunais superiores, deverá ser necessariamente aplicada pelos tribunais locais. Significa dizer que o entendimento definido nos processos selecionados se estenderá, de forma vinculante, a todos os outros que tratem da mesma matéria.

Os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional não possuem eficácia vinculante, servindo como orientação, meramente persuasiva, que deverá ser levado em consideração pelo juiz em sua decisão, inclusive com o ônus argumentativo de explicar o motivo da não aplicação da súmula . Ao contrário das três hipóteses anteriores, não existe regra no ordenamento jurídico brasileiro que expressamente atribua eficácia vinculante aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional , razão pela qual não há eficácia vinculante na hipótese versada no inciso IV do referido artigo 927.

Os juízes não estão vinculados à orientação oriunda do plenário ou do órgão especial dos seus respectivos tribunais. Interessante perceber que o próprio inciso V do art. 927 esclarece que a decisão proferida pelo tribunal de cúpula consiste em simples “orientação”, ou seja, é meramente persuasiva. Não há norma expressa que estabeleça a eficácia vinculante das decisões emitidas pelo plenário ou do órgão especial dos tribunais locais. Logo, não há eficácia vinculante na hipótese versada no inciso V do referido art. 927.

6. RECLAMAÇÃO

A ação de reclamação, prevista no art. 988 da lei processual civil, é medida excepcional, que não se presta à impugnação de

decisão judicial, como se recurso fosse.

O art. 988 do CPC prevê um rol taxativo para o ajuizamento da reclamação. No que interesse ao tema dos precedentes, é importante observar que a parte poderá manejar a reclamação em caso de inobservância de decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, de súmulas vinculantes e de decisões proferidas em Incidente de Assunção de Competência (IAC) e em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Oportuno pontuar que a Resolução STJ nº 03/2016 autoriza o cabimento da reclamação, perante os tribunais locais, contra acórdão de turma recursal contrário aos precedentes vinculantes do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos, sendo certo, pelo raciocínio inverso, que a medida não será admitida quando o acórdão da turma recursal deixar de observar orientação jurisprudencial daquela Corte, de aplicação não obrigatória.

A definição do que seria um precedente vinculante não passa, necessariamente, pelo cabimento da reclamação, que é apenas um meio de impugnação. A eficácia vinculante de determinada decisão não passa pela possibilidade de uso da reclamação, mas sim quando houver norma expressa que estabeleça a observância obrigatória.

7. DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE - IDENTIDADE FUNDAMENTAL

Os precedentes vinculantes (aqueles listados nos incisos I, II e III do art. 927 do CPC) poderão deixar de ser aplicados, exclusivamente, nas hipóteses de distinção (se não houver identidade da hipótese tratada no precedente e o caso concreto) ou superação da tese. Para tanto, é essencial que a decisão seja adequadamente fundamentada, como exige o art. 489, §1º, VI do CPC (“deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de

distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”).

Ao aplicar o precedente vinculante, deve ser feita uma comparação entre as decisões, de modo a constatar se há identidade fundamental entre os casos, a partir da análise dos fatos centrais e a questão jurídica posta. Havendo diferença, o juiz deve afastar a aplicação, motivando a decisão.

Na rotina forense, são comuns as petições (e decisões) que listam inúmeros julgados como reforço argumentativo, mas sem qualquer preocupação em demonstrar a identidade fundamental entre os casos, especialmente se o precedente for persuasivo.

O juiz tem o dever de enfrentar todos os argumentos efetivamente deduzidos pela parte que, em tese, possam infirmar a conclusão adotada, nos termos do art. 489, § 1º, IV do CPC, mas não é obrigado a enfrentar argumentos laterais, irrelevantes para a solução da controvérsia, inclusive os precedentes listados pelas partes sem o necessário cotejo analítico com o caso concreto .

Analogicamente, deve ser adotada a mesma orientação exigida pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao recurso especial fundado no art. 105, III, c da Constituição Federal, como demonstra a seguinte passagem: “a mera transcrição de ementas e excertos, desprovida da realização do necessário cotejo analítico, que evidencie a similitude fática entre os arestos confrontados, mostra-se insuficiente para comprovar a divergência jurisprudencial ensejadora da abertura da via especial com esteio na alínea c do permissivo constitucional” .

Evidentemente, no caso da superação (mudança de orientação jurisprudencial), o precedente vinculante também deverá deixar de ser aplicado. Isso poderá ocorrer de duas formas: revogação do precedente pelo próprio tribunal que fixou a tese jurídica ou pela instância superior.

Suponhamos que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através da sua Seção Cível (órgão indicado pelo regimento interno para uniformização da jurisprudência do tribunal), fixe determinada tese jurídica, em matéria previdenciária, no

juízo de um IRDR. Caso essa tese seja rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça (seja em recurso interposto no próprio IRDR, seja em outros processos), a consequência natural será a superação do precedente, que deixará de ser aplicado. Também pode ocorrer a revisão da tese jurídica pelo próprio tribunal que concebeu o precedente, de ofício ou mediante requerimento, o que importará na sua revogação .

Por evidentes motivos, o tribunal inferior jamais poderá superar um precedente vinculante fixado por instância superior, sob pena de incorrer em usurpação de competência, que enseja reclamação (CPC, art. 998, I).

Em respeito à isonomia, segurança jurídica e proteção da confiança legítima, a superação do precedente deve ser sempre excepcional, cautelosa, a partir de motivos altamente relevantes para tanto. Caso ocorra a alteração (total ou parcial), o tribunal poderá modular seus efeitos em atenção ao interesse social e às consequências para a sociedade (interesse público) .

8. CONCLUSÃO

É inegável a influência, cada vez mais acentuada, do sistema da Common Law em nosso ordenamento, que segue a tradição romano-germânica, do direito codificado, da Civil Law. Percebemos nítida convergência entre essas duas tradições jurídicas, como bem identificou MAURO CAPPELLETTI :

“Se é verdade que, mesmo hoje, profundas diferenças manifestam-se nas duas famílias jurídicas, igualmente é verdade que até nos sistemas de ‘Civil Law’ verifica-se o aparecimento do moderno fenômeno (que se encontra no centro deste ensaio) do aumento da criatividade da jurisprudência, ocorrido pelas mesmas razões examinadas nos §§ 5-10, e com as quais se apresentou também nos modernos sistemas de ‘Common Law’. Resta, certamente, uma diferença de grau, mas esta também está desaparecendo e se atenuando. De vários

anos a esta parte, ocorreu efetivamente poderoso movimento de recíproco avizinhamiento entre as duas grandes famílias jurídicas, cujos efeitos manifestam-se igualmente sobre o plano do ordenamento judiciário e do direito jurisprudencial. (...)

Podemos concluir, portanto, no sentido de que nos últimos anos ou decênios, em crescente número de países de 'Civil Law', o fenômeno do aumento da criatividade jurisprudencial surgiu como aspecto substancialmente muito similar e contornos não menos dramáticos do que nos países de 'Common Law'. Longe de ser insuscetível de análise comparativa, este fenômeno em grande medida é análogo, senão idêntico, nas duas grandes famílias jurídicas”.

MICHELE TARUFFO formula traça interessante paralelo entre os sistemas de precedentes e a teoria das estruturas dissipativas, concebida pelo físico-químico Ilya Prigogine . Para o processualista italiano, o sistema de precedentes deve ser entendido como uma “nova ordem” emergida do caos:

“Os precedentes poderiam funcionar como as estruturas dissipativas das quais se fala nas teorias da complexidade, ou seja, como momentos de formação de áreas de ordem no interior do desordenado fluir do caos da jurisprudência. Eles poderiam, de fato, constituir importantes fatores de racionalização, de uniformidade de tipo flexível, de previsibilidade e de igualdade de tratamento, na incontrolável quantidade e variedade dos casos que vêm sendo decididos pelas cortes. Para que isso ocorra, porém, é necessário que eles não sejam mais um elemento de desordem e de variação casual ligada às especificidades dos casos concretos: é necessário que se trate de precedentes em sentido próprio, isto é, que apresentem as características distintivas de “raridade”, autoridade e universalidade em função das quais possam emergir do caos indistinto da praxe judiciária”.

Particularmente, penso que devemos ser mais cerimoniosos na interpretação das leis, respeitando sobretudo o pensamento sedimentado dos tribunais, retratado pela jurisprudência. Os precedentes, desde que construídos com integridade e coerência,

dão racionalidade ao Direito e respaldo aos juízes, legitimando suas decisões. Não acredito que a adoção dos precedentes conseguirá resolver todos problemas do sistema judicial brasileiro, há décadas assoberbado de processos. Mas é uma tentativa importante, que deve ser respeitada pelos tribunais.

Contudo, consulto a advertência de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

“Sem nenhum intuito de desempenhar o papel antipático de ‘desmancha-prazeres’, registramos que a experiência dos Estados Unidos - vistos como o habitat por excelência dos precedentes vinculantes - não confirma por inteiro as otimísticas expectativas.

Não possuindo bola de cristal, temos de reservar o juízo sobre o que acontecerá no Brasil; em todo caso, porém, atrevemo-nos a sugerir que roça pela imprudência apostar muito alto no bom sucesso das mudanças - e isso, a supor-se que um dia veremos a saber com exatidão o que dela terá resultado.

A nosso ver, os mecanismos previstos para a revisão dos paradigmas não exorcizam suficientemente o risco do imobilismo jurisprudencial, dada a notória relutância dos tribunais em recuar de posições consolidadas.

De certas normas todos reconhecem com facilidade que devem ser aplicadas do mesmo modo em todo o território nacional; entre elas, sem dúvida, as normas constitucionais. Já com relação a outras pode-se mostrar mais aconselhável dar espaço a porção menor ou de mais flexibilidade interpretativa, capaz de levar em conta variáveis regionais ou locais, a cuja luz também se justifique uma variação nas soluções. É o que sucede, por exemplo, com disposições legais que se valham de conceitos jurídicos indeterminados, cuja concretização se sujeite à influência de fatores culturais dificilmente redutíveis à uniformidade, sobretudo em país com as dimensões e as desigualdades do nosso.

Aliás, não raro, notamos que a motivação judicial reduz-se à enumeração dos precedentes: o tribunal dispensa-se de analisar as regras legais e os princípios jurídicos pertinentes - operação a que estaria obrigado - e substitui seu próprio raciocínio pela mera invocação de julgados anteriores.

Dia virá em que teremos dificuldade de identificar algum

caso em que não haja vinculação”.

Acredito que a adoção do sistema de precedentes - sobretudo os vinculantes - contribuirá significativamente para redução da instabilidade jurisprudencial verificada em nossos tribunais, especialmente considerando a multiplicidade de ações judiciais em curso contendo identidade fundamental - similitude de fatos e tese jurídica. Naturalmente, o respeito aos precedentes ensejará a inevitável redução da litigiosidade, por desestimular o ajuizamento de demandas sem chances de êxito, dada a previsibilidade do resultado.

Sigamos em frente, com integridade, coerência e, sobretudo, esperança.

REFERÊNCIAS

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões de Técnica de Julgamento nos Tribunais. Estudos de direito processual civil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

COUTURE, Eduardo J. Interpretação das leis processuais. Tradução Dra. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: papel do juiz. Estudos de direito processual civil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução Chiara de Teffé. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia/>>. Acesso em: 14 out 2019.

CARVALHO, Rodrigo França. As contribuições do físico-químico Ilya Prigogine para uma nova compreensão da História. Disponível em: <https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1488759492_ARQUIVO_Ascontribuicoesdofisico-quimicoIlyaPrigogineparaumanovacompreensaodaHistoria.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaompilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Reclamação nº 37.232 do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <<http://portaljustica.com.br/acordao/2167403>>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Reclamação nº 0055442-19.2018.8.19.0000. Relator: Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.289.00823>>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Interno em Reclamação nº 14.745 do Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12363818>>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução STJ/GP nº 3 de 7 de abril de 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/322386069/resolucao-stj-gp-n-3-7-de-abril-de-2016-do-stj>>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1290738 de Santa Catarina. Relator: Minsitro Marco Buzzi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=101654698®istro_numero=201801085438&publicacao_data=20191004&formato=PDF>. Acesso em: 17 out. 2019.

PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS DE SANÇÃO: OS LIMITES DA RETRIBUIÇÃO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Gerson Faustino Rosa

Resumo: O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise crítica do princípio penal constitucional da humanidade das penas à luz do Estado democrático de Direito, desde a superação da pena capital, com a abertura humanitária proporcionada pelo Direito Canônico às penas, até os dias atuais, em que, pressionado pela opinião pública e pela escassez de recursos, o Estado-execução penal se mostra incapaz de efetivamente cumprir o seu papel. Ao longo do tempo, transformaram-se os duros e degradantes regimes carcerários, desapareceram os grilhões e as correntes, bem como os castigos corporais: a integridade corporal do preso de hoje deve ser preservada.

Palavras-chave: Estado de Direito; Princípios Constitucionais Penais; Humanidade das Penas.

1. INTRODUÇÃO

O cumprimento da pena pressupõe, obviamente, uma sanção penal imposta, in concreto. E a sua aplicação pressupõe, certamente, um processo penal, através do qual, assim que apurada a existência do fato delituoso e a sua autoria, aplicar-se-á a pena cominada in abstracto para o crime perpetrado pelo seu agente. Com isso, espera-se que todos os envolvidos neste episódio

recebam sua parte: a sociedade, o exemplo; o condenado, a pena; a vítima, o ressarcimento.

Logo, a sociedade é virtualmente vingada. A ordem, restabelecida. A clama e o esquecimento assumem o lugar da inquietude, da irritação e do desejo de vingança causados nos cidadãos honestos quando do cometimento do crime. A repressão é, portanto, virtualmente perfeita com o pronunciamento da pena. Depois da condenação, o silêncio sucede ao rumor dos salões judiciários e o esquecimento à atenção geral. A população se desinteressa pela sorte dos condenados. “A prisão é uma tumba onde se enterram os vivos, e nenhum epitáfio recorda aos passantes o nome daqueles que estão por detrás das grandes muralhas de pedra”.

Nesse passo, à execução penal não se tem dado a devida importância. Em nível legislativo, esquecemo-nos de vigiar o legislador no momento da elaboração de uma medida executiva, que “se esquece”, no mais das vezes, de anos de conquistas em caminhos de uma execução mais humana de pena. Já em nível doutrinário, os juristas parecem sucumbir diante do sensacionalismo, envergonhando-se de defender posições favoráveis a uma execução penal com fulcro na dignidade humana.

A pena de prisão, indubitavelmente o alicerce da maioria dos sistemas penais conhecidos, a principal sanção, não de hoje, demonstra seus reconhecidos males insanáveis, que se agregam àqueles devidos à rotina da execução desse tipo de sanção. A prisão, para quem a conhece, não é apta a reformar o homem, podendo apenas servir como meio de segregá-lo.

Entretanto, deve fazê-lo com a devida atenção aos princípios penais constitucionais, que pautam a atividade punitiva estatal, limitando e dirigindo a aplicação da pena no Estado democrático de Direito, que há de ser, impreterivelmente pessoal, individualizada e humanamente aplicada em face do delito cometido pelo agente. Dito de outro modo, com o mero cumprimento da Constituição Federal e da Lei de Execução Penal,

uma vez que, a inadequação da aplicação da pena vulnera toda a efetividade do sistema de persecução penal.

Assim, realizar-se-á uma análise crítica dos princípios penais constitucionais de sanção à luz do Estado democrático de Direito, desde a superação da pena capital - com a abertura humanitária proporcionada pelo Direito Canônico às penas - até os dias atuais em que, pressionados pela opinião pública e pela escassez de recursos, o Estado-execução penal se mostra incapaz de efetivamente cumprir o seu papel.

Empregar-se-á, para tanto, os métodos lógico-dedutivo e indutivo-argumentativo, através de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografia nacional, estrangeira e periódicos.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS LIMITES À INTERVENÇÃO PENAL

Tendo em vista a incansável busca por um Estado ideal, promotor de significativas alterações no seio social, poder-se-ia falar, então, em “três momentos evolutivos de Estado de Direito, os quais correspondem, igualmente, a três dimensões de direitos fundamentais”. Assim, no Estado liberal de Direito, são principalmente garantidas as liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira dimensão), alcançados com o intuito de libertar os indivíduos do absolutismo estatal. Nesse passo, exige-se do ente dominante uma prestação negativa, uma abstenção estatal em respeito ao surgimento dos direitos civis e políticos dos cidadãos.

O anseio pela liberdade face ao intervencionismo do “Estado” monarca restou demonstrado já em 1215, quando da conquista da Magna Carta, pelos ingleses junto ao Rei João Sem Terra, momento em que desejavam que lhes fosse permitido construir livremente suas vidas, legalizando e limitando o totalitarismo do Leviatã.

Já em, em 1789, com a Revolução Francesa e a consequente criação do Estado moderno, alimenta-se, com as ideias iluministas,

os ideais de liberdade, cunhados inicialmente nos aspectos econômicos - consagrados na expressão *laissez-faire*, *laissez-passer* - irradiam seus efeitos para outras dimensões da vida humana, quando se passa a renunciar o absolutismo romano em favor da liberdade,

Após a construção liberal, novas necessidades brotaram no seio social, dando ensejo à busca por uma igualdade, não à meramente formal, mas a substancial, capaz de mitigar as discrepâncias resultantes do liberalismo do Estado de distância, nascendo então a concepção de Estado social de Direitos, onde objetiva-se resguardar, também, os direitos sociais, culturais e econômicos, uma vez que a desigualdade social que resultou do movimento libertador passou a desconfortar a harmonia e a paz social, e o homem seria tido como “lobo” dos seus pares, como o grande vilão perante os demais membros da sociedade, também em decorrência da competitividade que ascendeu com a nova concepção de “mercado” .

Emerge então, um modelo de Estado intervencionista, o “Estado providência”, prestacionista, que atende aos anseios sociais e reduz as desigualdades com mecanismos compensatórios, positivos, com um *facere*. A adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* no pós-Segunda Guerra Mundial, projetando-se um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público.

Evoluindo, o Estado social segue em busca da constitucionalização, atendendo aos preceitos kelsenianos no sentido de se adotar como núcleo axiológico-legal de todo o Direito. Fala-se, então, em nível normativo, em um Estado constitucional de Direito, em que se manifestam os direitos fundamentais de terceira dimensão, tais como a qualidade de vida, o meio ambiente, a liberdade de informática, a biotecnologia, a

paz, a assistência e a organização familiar, entre outros metaindividuais .

Almeja-se, outrossim, contrabalancear os excessos de permissividade do liberalismo face ao totalitarismo interventivo do Estado Social, dando ensejo aos direitos de solidariedade, de fraternidade, resultando-se, desta forma, no Estado constitucional de Direito, ou ainda, mais precisamente, Estado social e democrático de Direito, que representa uma concepção sintética fruto da união dos princípios próprios do Estado liberal e do Estado social, pressupondo uma superação dos componentes básicos de ambos, enquanto isoladamente considerados, o que permite acrescentar a terceira característica da forma constitucional: a democracia.

O Estado democrático de Direito é, pois, um Estado constitucionalmente conformado e por isso, pressupõe a existência de uma Constituição e a afirmação inequívoca do princípio da constitucionalidade. E é na Constituição - ordenação normativa fundamental e suprema – que o primado do Direito do Estado democrático de Direito encontra sua primeira e decisiva expressão. Constituição essa que garante a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem, na sua complexa qualidade de pessoa, cidadão e trabalhador. Nesse sentido, o Estado de Direito é um Estado de distância, pois os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos; de outra banda, o Estado de Direito é um Estado antropologicamente amigo, ao respeitar a dignidade da pessoa humana e ao empenhar-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade.

E o Direito Penal, como subsistema do controle social formal de um Estado democrático e social de Direito, não pode ser desenfreado, arbitrário e sem limites. É evidente que esse controle deve estar submetido, no plano formal, ao princípio da legalidade – leia-se: à subordinação as leis gerais e abstratas que disciplinem as formas de seu exercício - e, deve servir, no plano material, à garantia dos direitos fundamentais do cidadão .

Nesta senda, o art. 1.º da Constituição Federal brasileira de 1988, constituiu juridicamente, na República Federativa do Brasil, um Estado democrático de Direito. Importa ressaltar que, apesar da ausência de menção do Estado social na denominação do modelo de Estado brasileiro, o legislador não deixou de adotá-lo, vez que o Estado democrático é a conjugação dos modelos liberal e social, que surge na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como mera aposição de conceitos, mas como conteúdo próprio, onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo, constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do status quo, da realidade, de modo que o seu conteúdo transcende o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de reconstrução de um projeto de sociedade, buscando solucionar o problema das condições materiais de existência.

Ademais dessa otimização do grau de participação cívica na vida e nas decisões societárias, o Estado democrático de Direito também tem uma dimensão antropocêntrica, na medida em que se arrima, fundamentalmente, na dignidade da pessoa humana, ou seja, centra-se num ser com dignidade, um fim e não um meio, um sujeito e não um objeto.

A explicitação das principais características do modelo jurídico pátrio mostra-se de suma relevância para a análise, compreensão e fixação dos limites do sistema global de controle social formal, de modo que cada subsistema, em especial o Direito Penal, deverá plasmar-se nos valores e princípios estruturantes da ordem jurídica, sendo a dignidade da pessoa humana o centro e o traço de ligação entre a ordem social e da ordem jurídica, dignidade esta que vincula-se aos direitos e garantias fundamentais, responsáveis por reconhecer e formalizar os valores essenciais para uma vida digna.

3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS

O direito de punir do Estado democrático de Direito não é, e nem poderia ser, uma faculdade estatal desenfreada e arbitrária. Ao contrário, tanto a própria estrutura do modelo jurídico optado pelo Poder Constituinte – leia-se: Estado democrático (e social) de Direito -, como o fundamento funcional do Direito Penal – leia-se: a indispensável e amarga necessidade de pena para a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais mais elementares - contêm limitações expressas ou implícitas (art. 5.º, §2.º, CF).

Assim como os demais ramos do Direito, o Direito Penal fundamenta-se em determinados princípios - essenciais e diretores – derivados dos valores ético-culturais e jurídicos vigentes em uma determinada comunidade social e numa certa época, os quais foram se impondo num processo histórico-político contínuo como sendo basilares à sociedade democrática.

Nesse contexto, as Constituições promulgadas nos últimos decênios, sob um modelo de Estado incorporados dos valores liberais (Rechtsstaats) e sociais (Sozialstaats), as normas concernentes ao Direito Penal se traduzem em postulados que, de um lado, em defesa das garantias individuais, condicionais restritivamente a intervenção penal do Estado; e de outro, preceituam um alargamento da atuação do Direito Penal, ampliando a área de bens objeto de sua proteção, mesmo diante do vigor libertário daquelas. Dito de outra forma, apesar de as Constituições contemporâneas fixarem os limites do ius puniendi estatal, resguardando as prerrogativas individuais, elas também inserem normas propulsoras do Direito Penal para novas matérias, tornando-o um instrumento de tutela de bens metaindividuais, cujo resguardo se mostra indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado.

A presença de matéria penal nas Constituições contemporâneas se dá através de princípios especificamente penais, denominados princípios de natureza penal constitucional, bem como, de princípios constitucionais gerais que versam a matéria penal. Enquanto aqueles são princípios penais constitucionais, estes são constitucionais penais. “Tanto em um sentido como em outro, operam como fundamento e limite do exercício da atividade punitiva estatal”. Primeiramente, tratar-se-á dos princípios constitucionais gerais que versam a matéria penal e, em seguida, dos princípios de natureza penal constitucional.

São princípios constitucionais gerais que versam a matéria penal, cujo conteúdo não é única ou especificamente penal, mas de caráter geral e heterogêneo. Por não serem propriamente criminais, impõem-se tanto ao legislador penal, quanto ao civil, tributário, agrário etc, referindo-se, prevalentemente, ao aspecto de conteúdo das incriminações no sentido de fazer com que o Direito Penal se constitua em um poderoso instrumento de tutela de bens de relevância social.

Traduzem, em linhas gerais, orientações ao legislado ordinário, determinando que elabore normas incriminadoras destinadas a proteção de valores transindividuais. São exemplos destes postulados as determinações contidas na Constituição Federal no sentido de proteção ao meio ambiente (art. 225, § 3.º, CF), ao trabalho (art. 6.º, CF) aos direitos do consumidor (arts. 5.º XXXII e 170, CF), à cultura (arts 215 e ss, CF) etc. Para a concreção dessas indicações constitucionais o legislador ordinário deverá editar normas de caráter civil prevendo indenizações, de caráter tributário prevendo tributos especiais e multas, dentre outras e, também, se efetivamente necessário, normas incriminadoras penais

Tais princípios, em quase sua totalidade, traduzam exigências de criminalização para a proteção de bens coletivos. Assim, via de regra, caracterizam-se por ampliarem a área de abrangência da resposta penal, alargando o campo de bens penalmente tutelados, neles incluindo os de natureza transindividual, promovendo,

através dessa “função propulsora” , uma modernização , ou expansão , do Direito Penal.

Nota-se, pois, que os princípios constitucionais penais são informados pelas exigências do Estado social (Sozialstaats), e tem intuito de fazer do Direito Penal, não o único e exclusivo, mas apenas mais um instrumento integrante da gama estatal de controle social, necessário à correção das distorções causadas por um individualismo exacerbado, que favorece a homogenização social, com vistas a realização da igualdade concreta e possível entre os cidadãos, ou seja, com a finalidade de contribuir para que se realize uma sociedade dotada de justiça material .

São princípios de natureza penal constitucional aqueles, exclusiva e tipicamente penais, que se referem aos dados embaixadores da ordem jurídico-penal, imprimindo-lhe determinada fisionomia. Integram o Direito positivo em razão do próprio conteúdo, possuindo características materialmente constitucionais. Também descrevem os limites do ius puniendi, situando a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal e estabelecendo os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado na seara penal. Em sua maioria, se não em sua totalidade, os princípios penais constitucionais são garantidores das liberdades positivas e negativas, limitando o poder estatal em face do indivíduo, assinalando normativas de conteúdo característico do Estado liberal de Direito (Rechtsstaats).

“Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas -, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese, servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal”.

Nota-se que, tais postulados embasam a ordem jurídico-penal e o direito de punir do Estado (fundamento), indicando, não apenas seus fins e seu alcance, mas também as fontes e as exigências de seus enunciados e, principalmente, fixando suas infranqueáveis barreiras (limites) . Os princípios penais constitucionais podem ser explícitos e implícitos. Os explícitos estão enunciados de forma expressa e inequívoca no texto da Constituição (v. g. princípios o da legalidade dos delitos e das penas - art. 5.º, XXXIX, CF -, o da personalidade da pena - art. 5.º XLV, CF-, o da individualização da sanção penal - art. 5.º, XLVI, CF- e o da humanidade das penas - art. 5.º, XLI, XLVII e XLIX, CF), ao passo que os implícitos se deduzem das normas constitucionais por nelas estarem contidos (v.g. princípios da culpabilidade, da intervenção mínima e da fragmentariedade) .

4. OS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS DE SANÇÃO: HUMANIDADE, PESSOALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

4.1. princípio da humanidade das penas

Historicamente, “é a partir do cristianismo que tem lugar o conceito de pessoa como categoria espiritual, dotada de valor em si mesma, um ser de fins absolutos e possuídos de direitos fundamentais e, portanto, de dignidade”. Difunde-se, a partir do desenvolvimento da teologia cristã, a convicção segundo a qual o homem era o único ser vivo sobre a terra feito à imagem e semelhança de Deus: cada alma humana é obra mestra de Deus. E a expressão pessoa é definida por Boécio, no século V, como sendo “uma substância individual de natureza racional”, definição essa, reelaborada no século XIII por Santo Tomás de Aquino em sua Suma Teológica (I, q. 29, art. 1), constituindo a matriz teológica cristã da ideia de dignidade da pessoa humana. Pessoa esta que deve ocupar uma posição absoluta, central, concreta e operativa.

No século XVII, como ideário do Direito natural racional, em especial na obra de Samuel von Pufendorf, aflora a noção de humanitas como princípio jurídico, dispondo que a natureza exige que o homem seja sempre considerado como semelhante, ainda que nada de bom se possa esperar dele, sendo essa a razão

suficiente para que o gênero humano construa uma comunidade pacífica.

Recorde-se, outrossim, das célebres palavras de Cesare Beccaria (século XVIII), para quem “não existe liberdade onde as leis permitem que, em determinadas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se converta em coisa”.

Nesse passo, em um modelo de Estado cujo centro ético, político e jurídico é a pessoa – leia-se, em um Estado democrático de Direito - são expressamente vedadas a criação, a execução ou qualquer outra medida, a título de resposta penal, que atente contra a dignidade humana. E é justamente na dignidade humana que reside o fundamento material do princípio da humanidade enquanto limite da atividade punitiva estatal.

Não há que se confundir a dignidade humana com o princípio da humanidade. Repita-se, aquele é fundamento material desse, que surge em decorrência da “contribuição do denominado período humanitário ou iluminismo penal, graças, sobretudo, ao jusnaturalismo e ao Direito Canônico” quando se abrem as portas para a benignidade das penas .

E no ideário da ilustração, que dominou os séculos XVII e XVIII, consagra-se o princípio da humanidade no Direito Penal moderno, promovendo-se a superação dos postulados do Ancien Régime. Os arautos do século das luzes propugnavam a transformação do Estado a partir de duas ideias fundamentais: a afirmação dos direitos inerentes a condição humana e a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato , no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um Direito Penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes. Assim, os direitos humanos passaram a integrar o instrumento jurídico do pacto social, qual seja, a Constituição.

O princípio da humanidade das penas permite detectar, sob a ótica da dimensão histórica, uma gradativa propensão na humanização das penas que foram tornando-se, num perpassar

evolutivo, menos severas em seu tempo de duração e em sua carga aflitiva. “Das penas de morte e corporais, passa-se progressivamente, às penas privativas de liberdade, e destas, às penas alternativas a prisão (v.g. multas, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana)”. Transformou-se então, paulatinamente, os duros e degradantes regimes carcerários, desapareceram os grilhões e as correntes, bem como os castigos corporais. A integridade corporal do preso de hoje deve ser preservada; já não se impõe aos reclusos raspar a cabeça; nem os designam mais por números; não se usam mais os infames trajas listrados e nem se aplicam mais os trabalhos degradantes e improdutivos.

Nos atuais modelos jurídicos de Estado de contextura democrática, o princípio da humanidade encontra ampla ressonância constitucional. E a Constituição brasileira de 1988, que estabelece como fundamento do Estado democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (art. 1.º III, CF), encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror, bem como em normas garantidoras de direitos de pessoas privadas de liberdade, objetivando tornar as compatíveis com a condição humana. Assim, de um lado, o princípio da humanidade da pena encontra eco na proibição de tortura e do tratamento cruel ou degradante (art. 5.º, III, CF) e na proibição da pena de morte, da pena de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5.º XLVII, CF); de outro, decorre do processo individualizador da pena, na sua fase executória (art. 5.º, XLVI, CF), no asseguramento aos presos do respeito à integridade física ou moral (art. 5.º XLIX, CF), no direito de cumprir a pena em estabelecimentos distintos (art. 5.º, XLVIII, CF) e na salvaguarda às presidiárias das condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5.º, L, CF) . Tal princípio implica, portanto, não apenas numa proposta negativa caracterizadora de proibições, mas também, e

principalmente, na proposta positiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, embora presa ou condenada.

Nota-se que, para além da proibição de penas desumanas, tem-se no Estado democrático de Direito a busca por uma paulatina redução do conteúdo aflitivo das sanções, e um propósito de compatibiliza-las, na medida do possível, com o máximo desfrute dos direitos do recluso, cuja restrição não seja mais imprescindível para o fim das sanções. Examinando-se assim, o princípio da humanidade também como valor positivo, como norma reitora de todo o processo de execução da pena, sem esquecer-se que a pena possui, por si, natureza aflitiva, através da qual a sociedade responde às agressões que sofre com o cometimento de um delito.

O princípio humanitário restringe o trabalho do legislador na elaboração das leis penais, sendo a pena, a “resposta jurídica à conduta delituosa. Castigo como restrição ao comportamento. Restauração, no sentido de repor a ordem ofendida. Retribuição, porque castigo e restauração”. Dito de outro modo, a pena é retribuição jurídica e utilidade pública que não pode consistir em tratamento contrário ao senso de humanidade e deve atender à reeducação do condenado.

Nesse diapasão, o art. 59, do Código Penal, assinala que a pena deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, de modo que a pena aplicada reprova o delinquente e, na execução será utilizada para impedir o retorno à criminalidade. Assim, a finalidade da pena não é ressocializar, como sinônimo de pensar e agir como a sociedade (pelo menos como padrão médio). “Busca, isso sim, retribuir juridicamente o dano social causado pelo crime”.

E consagrando expressamente o princípio da humanidade das penas, a Constituição Federal de 1988 dispõe que “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” (art. 5.º, XLVII, CF); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5.º, XLIX, CF). Proibindo-se em rol exaustivo, no texto maior, as penas que

afrontam o necessário caráter humanitário. Vejamos cada uma delas:

a) Pena de morte: No Brasil, a pena de morte estava prevista no Código Criminal do Império de 1830, mas foi revogada em 1851, quando, depois de cumprida a sentença, executando-se o fazendeiro fluminense Mota Coqueiro, se descobriu que ele não havia sido o autor do delito a ele atribuído. Assim, o Imperador Dom Pedro II passou sistematicamente a comutar as penas de morte em galés perpétuas.

Desde a primeira Constituição Republicana (1891), somente a Constituição de 1937 e a Emenda Constitucional n.º I (1969) não proibiram a pena de morte. Da mesma forma, proibia-se também as penas de caráter perpétuo e de banimento em quase todos os textos constitucionais republicanos, só não o fazendo a Carta polaca e o AI-5. A pena capital traduz a verdadeira exacerbação do jus puniendi, produto da vingança privada, de um período em que o ofendido podia, a seu bel-prazer, castigar o ofensor. Contudo, ainda consta de várias legislações, embora haja evidente demonstração de redução cada vez maior tendente a ser suprimida.

No Brasil, a Constituição adotou, como regra, a proibição da pena de morte, dando-lhe status de cláusula pétrea. Entretanto, excepcionou o mandamento geral permitindo a pena capital nos casos de guerra declarada, com a cautela de resposta à agressão estrangeira, autorizada pelo Congresso Nacional ou por ele referendada, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas (art. 5.º, XLVII, c/c art. 84, XIX, ambos da Constituição Federal). Na seara penal, conforme já mencionado, confirmaram-se princípios de garantia, dentre os quais merecem destaque o da humanidade das penas e do interesse público da pena. A pena de morte contrasta com ambos, uma vez que ao Estado incumbe realizar o bem comum, em cuja definição não se agasalham métodos de eliminação do próprio homem.

b) Penas de caráter perpétuo: A vedação das penas de caráter perpétuo, no Brasil já é tradição constitucional, uma vez que, a primeira das nossas Constituições proibi-las foi a de 1934. Semelhantemente, a Constituição de 10 de novembro de 1937, também vedou, em seu art. 122, XIII, as penas perpétuas e corporais. A Constituição de 1946, no § 31 do art. 141, repete, por sua vez, a Constituição de 1934. A Constituição de 1967 também vedou. Já o AI-5, de 1969, proibiu a pena de prisão perpétua. Todavia, excepcionalmente admitiu-a nos

casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Atualmente, é dispositivo constitucional, previsto no art. 5.º, XLVII, b, que não haverá pena de caráter perpétuo.

Tem-se como perpétua, a pena que impossibilita o condenado de reinserir-se na sociedade após o seu cumprimento. Assim, incumbe ao Estado acenar-lhe com a esperança do retorno à família, aos amigos, ao trabalho enfim, fazer com que efetivamente, permitindo-lhe alcançar melhores dias além do cárcere. Por outro lado, quando o Estado interrompe as perspectivas de vida humana em decorrência do tempo e das condições da prisão, estas situações concretas aproximam-se da pena de morte.

A pena prisão perpétua é uma pena de segurança, pela qual a sociedade defende-se, afastando definitivamente do seu seio o homem que gravemente delinuiu. Entretanto, "é pena cruel e injusta, que priva o condenado não só da liberdade, mas da esperança da liberdade, que poderia encorajá-lo e tornar-lhe suportável a servidão penal". Ela impossibilita qualquer graduação segundo a natureza e circunstâncias do crime e as condições do criminoso, impedindo a individualização da pena e frustrando qualquer possibilidade de reajustamento social do condenado. "É, em geral, excessiva e não atende à necessária determinação no tempo, por que não findará em uma data fixada na sentença, mas durará enquanto o homem exista".

As penas de caráter perpétuo constituem, indubitavelmente, um excesso ao exercício do direito de punir do Estado, violador dos princípios do interesse público e da humanidade das penas. É desprovido de sentido, em nossos dias, se privar alguém de exercer a liberdade para o resto da vida. Além de contrariar o anseio de todo homem, não se extrai nenhuma utilidade social, mas ao contrário, apenas propaga os efeitos deletérios do cárcere, a manutenção da ociosidade e a transformação do ser humano em pária.

Importa salientar, outrossim, que a sua inserção no título dos direitos e garantias individuais, com status – além de princípio (v. g. humanidade das penas) - de verdadeira regra constitucional, regra esta que também se embasa num princípio. Nesse passo, o caput do art. 5º, da Constituinte, também consagra, dentre os mesmos direitos individuais e coletivos, a inviolabilidade do direito à liberdade. E por isso, a sua privação e restrição também há de ter caráter excepcional. A tutela dos bens jurídico-penais (v. g. vida, patrimônio etc) impõe, quando gravemente ofendidos, e as outras sanções que se revelem

insuficientes, o sacrifício da liberdade. Porém, a possibilidade de supressão total de liberdade (leia-se: a prisão perpétua) implica na negação de sua inviolabilidade. Não é concebível a inviolabilidade da liberdade sem que se impeça a possibilidade de sua integral eliminação. "Proibir, pois, as penas perpétuas, como o faz expressamente a nossa Constituição, é um consectário necessário do princípio, também constitucional, da inviolabilidade da liberdade".

Os códigos penais modernos revelam tendência de diminuir as sanções muito elevadas. E essa orientação, não é pieguismo, nem enfraquece a eficácia da legislação. Ao contrário, integra o movimento científico de revisão das leis penais de descriminalização e despenalização, voltado para ajustar as normas ao interesse social e para as condenações serem úteis à coletividade. Em verdade, "a pena excessivamente elevada gera desestímulo e revolta ao condenado, que perde a vontade, o alento para um dia, ainda útil, recomeçar a vida em liberdade".

Ressalte-se, ademais disso, que as penas excessivamente altas adquirem caráter perpétuo. Uma vez que a lei não pode cominar pena, cujo máximo a transforme em sanção que impeça o condenado de recuperar o exercício do direito de liberdade. Assim, considerando que a imputabilidade penal inicia-se, cronologicamente, a partir dos 18 anos de idade, o limite de pena deve projetar-se a partir daí, e ser fixado de modo que não impeça o retorno ao convívio social do condenado. Ou seja, a conjugação desses dois fatores (início da imputabilidade penal e limite de pena) projeta limite razoável para que alguém possa cumprir sanção elevada e, mesmo assim, ter oportunidade de retornar à sociedade.

c) Trabalhos forçados: Durante o período colonial, importa mencionar a previsão dos trabalhos forçados nas Ordenações Filipinas (1603), em que os indivíduos que blasfemassem mais de uma vez contra os santos ou contra Deus pagariam a soma de quatro mil-réis em dinheiro e seriam degredados às galés durante um ano. A Inquisição determinava que diversos delitos poderiam levar o indivíduo a ser condenado às galés, onde realizavam trabalhos forçados. Era "um ambiente sujo, sem ventilação, com um calor insuportável. Neste lugar, os homens conviviam com alimentos estragados e corriam o risco constante de contrair doenças".

O art. 46, do Código Criminal do Império preceituava que a pena de prisão com trabalho obrigará os réus a ocuparem-se diariamente no trabalho, que lhes for destinado dentro do recinto das prisões, na

conformidade das sentenças, e dos regulamentos policiais das mesmas prisões.

No Brasil, o processo de abolição da escravidão deu-se de modo gradual, iniciando-se nos idos de 1850 com a Lei Eusébio de Queirós, seguida pela Lei do Ventre Livre de 1871, dos Sexagenários de 1885 e concluída pela Lei Áurea (Lei Imperial n.º 3.353), sancionada em 13 de maio de 1888. Extinta a escravatura o labor gratuito e/ou forçado, ainda que imposto pelo Estado, e mesmo na execução penal, perdeu o sentido, assentando-se definitivamente o trabalho remunerado.

Nesse sentido, o Código Penal dispõe que o trabalho do preso será sempre remunerado e a Lei de Execução Penal assegura o piso de remuneração em três quartos do salário mínimo, mas não está sujeita ao regime da Consolidação das Leis Trabalhistas, conforme preceitua o art. 28, § 2.º, da LEP (Lei 7.210/1984). Entretanto, se o trabalho do detendo é prestado ao Estado, merecerá tratamento diversos, pois formulam-se duas relações jurídicas, interdependentes, entretanto, distintas. "Numa, há o resgate da sanção penal, noutra, a prestação de serviços a outrem", podendo o labor ser prestado dentro ou fora do estabelecimento prisional.

Hodiernamente o preso não perde sua individualidade, pois deixou de ser objeto, passando a figurar como sujeito da relação jurídica. Assim, apesar da condenação, conservam-se todos os direitos, exceto aqueles afetados pelas restrições inerentes à execução da pena. Dessa forma, deverá ser declarada inconstitucional qualquer pena ou consequência do delito que restrinja para além da previsão legal, ou daquilo que é essencial ao estrito cumprimento da pena.

O trabalho como castigo não deve ser confundido com a laborterapia, que é perfeitamente legal e até recomendada em razão de seu sentido pedagógico. A atividade ocupacional da pessoa privada de liberdade tem fim educativo e produtivo. Também importa diferenciar os trabalhos forçados da prestação de serviços à comunidade, enunciada no art. 46, do Código Penal. Apesar da gratuidade, a prestação de serviços à comunidade é ônus inerente ao cumprimento da pena. A causa da relação jurídica é a sanção concretizada na sentença condenatória, representando a restrição do direito do condenado. Já o trabalho é diferente, pois a causa da relação jurídica é o acordo de vontades, através do qual uma pessoa se obriga à prestação pessoal de atividade dirigida, não eventual, a outrem, mediante pagamento, tendo a remuneração como essencial.

d) Banimento: O art. 50, do Código Criminal do Império, incluiu a pena de banimento no rol de sanções, como sendo a privação para sempre dos direitos de cidadão brasileiro, inibindo os condenados perpetuamente de habitar o território nacional.

Importa distinguir o banimento das penas de degredo e de desterro. O degredo obrigava os réus a residir em lugar apontado pela sentença condenatória, devendo nele permanecer durante o tempo indicado na decisão (art. 51, Código Criminal do Império). O desterro, por sua vez, determinava que o réu saísse do local do delito, de sua principal residência e da principal residência do ofendido, não podendo neles adentrar durante um período determinado da sentença penal condenatória (art. 52, Código Criminal do Império). Verifica-se que o banimento, o degredo e o desterro possuem um ponto em comum: a obrigatoriedade de deslocamento do condenado do lugar em que habita. O banimento em sentido amplo, compreende o degredo e o desterro.

A Constituição republicana de 1891, aboliu a pena de galés e a de banimento judicial (art. 72, § 20), e o fez conjuntamente em razão da aplicação simultânea das penas, pois os condenados banidos, no mais das vezes, eram também levados às galés. Trata-se de espécie de pena que não poderá ser instituída no País. "Generalizada no passado, hoje encontra repulsa em todos os Estados democráticos", pois "hoje, não se tolera a violência de impedir que alguém more no local de sua escolha ou se lhe imponha onde ficar". Ademais disso, nos termos do art. 12, § 4.º, da Constituição Federal, somente se declarará perdida a nacionalidade do brasileiro que, tiver cancelada a sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional, ou por adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária.

e) Penas cruéis: A Declaração dos Direitos do Homem (1948) estabelece que "todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. III), e ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (art. V)". O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) dispõe que "ninguém será submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas" (art. 7.º); e a Convenção Contra a Tortura e outros

Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) define e pune a tortura (arts. 1.º e 4.º).

A Constituição Federal de 1988 também veda, expressamente, em seu art. 5.º, XLVII, e, as penas cruéis, traduzindo-se na ideia de se infligir a pessoa privada de liberdade desnecessário padecimento físico ou moral. Crueldade essa, que afronta a dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1.º, III, CF), bem como o ideal democrático, que tem na pessoa o seu núcleo axiológico.

Nesse diapasão, o legislador ordinário valeu-se da interpretação analógica para delimitar o tratamento cruel empregado pelo sujeito ativo do delito, descrevendo, ora como circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime, o emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ora ainda, qualificando o homicídio, quando perpetrado com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel. De tal sorte, não pode o mesmo Estado que repele a crueldade perpetrada como meio na execução de determinados delitos - punindo o seu agente mais severamente por isso - infligir padecimentos físicos ou morais aos condenados, sendo vedado até cominar penas que, em si, conduzam a essa situação, pois denotam sempre o extremo afastamento da piedade, manifestadas com o fim de causar um sofrimento desnecessário à pessoa .

Logo não se admite que a pena em si mesma e na sua execução, ofenda a dignidade do homem. É o que ocorre quando o condenado é físico-moralmente submetido a tratamento degradante. Historicamente, as Ordenações Filipinas previam como pena, em seu Livro V, a obrigação do delinquente sair à rua vestindo capela de chifres, do preso permanecer com os pés amarrados com barras de ferro a fim de impedir-lhe os movimentos, de provocar marcas no corpo do condenado e tantos outros exemplos que ficaram na história, mas que hodiernamente, devem ser banidos de modo absoluto.

Importa salientar que, as penas cruéis, preocupação do constituinte, não devem ser confundidas com o padecimento físico ou mesmo moral suportado pelo condenado, próprios das penas supressivas da liberdade ou restritivas de direitos. Pois é fato inerente ao cumprimento da pena. O problema é que a dramática visão que oferecem os centros penitenciários e a originária contradição que suscita o binômio pena de prisão-ressocialização, induzem-nos concluir que o atual sistema de persecução penal fomenta a estigmatização e a dessocialização do condenado.

4.2. Princípios da pessoalidade e individualização da pena

a) Princípio da Pessoalidade

O também denominado princípio da pessoalidade ou ainda, da intranscendência, preleciona que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, impedindo a punição do fato alheio, de modo que, somente o autor da infração penal poderá ser apenado. Nota-se, portanto, que a responsabilidade penal é sempre pessoal, não se admitindo, no Direito Penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva. A pena é a sanção do Direito que atinge o infrator da lei em sua pessoa. Assim, sendo, somente a ele poderá ser dirigida, não se admitindo ultrapassar, transcender a pessoa do condenado.

Historicamente, num período em que vigorava a vingança privada, além de a reação do ofendido restar ao seu arbítrio, não se reconhecia qualquer limitação. E tal quadro somente modificou-se com o talião e a composição. "A vindita era coletiva, grupal. Tanto por parte do grupo a que pertencia a vítima, como dirigida ao grupo do ofensor. A tribo e o clã sofriam a represália". Entendia-se, portanto, que a agressão de alguém traduzia a animosidade de sua grei contra a do ofendido. Sob a égide da vingança pública, a reação ao agressor se torna politicamente organizada, sendo que a resposta ilimitada e individualmente definida cede passo à centralização do ius puniendi estatal, manifestando-se, gradativamente, a tendência de afastar-se a generalização em relação às pessoas, centralizando-se o castigo somente no agressor.

O Direito Penal, hoje, vive época científica, criminológica, diferente do período da vingança privada. E justamente por isso, não se pode esquecer que somente o agente do crime deverá sofrer a sanção, ao passo que terceiros, ainda que da mesma família, precisam ser preservados. Caso contrário, a reação, ao invés de restringir-se ao malfeitor, alcançará inocentes. Por isso que o princípio da responsabilidade pessoal surge com intuito de buscar a superação desse estágio, característico, sem dúvida, de uma forma incivilizada de solucionar conflitos.

Hodiernamente, a pessoalidade da pena é princípio pacífico do Direito Penal das nações civilizadas que a pena pode atingir a penas o sentenciado. Nesse diapasão, a Constituição de 1988 prevê que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (art. 5.º, XLV, CF). Assim, ao contrário do ocorrido no Direito pré-beccariano, a pena não pode se

estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco.

A primeira parte do dispositivo constitucional, que assevera que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado", é tradicional em nossas Constituições, e esteve presente na Constituição do Império de 1824, art. 179, § 20, na Constituição da República, de 1891, art. 72, § 19, na Constituição de 1934, art. 113, § 28, sendo que a Constituição "polaca" de 1937 foi silente sobre a personalidade da pena, também constou da Constituição de 1946, art. 141, § 30, e na Constituição de 1967, art. 150, § 13. No que tange a segunda parte do dispositivo constitucional, somente a partir da Constituição de 1988 é que reuniram-se em um só dispositivo constitucional a garantia penal e civil.

A personalidade da pena justifica-se pela fundamentação da aplicação de uma pena a um indivíduo, vinculando-se estreitamente aos postulados da imputação subjetiva e da culpabilidade, que decorre do mesmo fundamento constitucional. Assim, reitera-se, a responsabilidade penal é sempre pessoal e subjetiva – própria do ser humano -, e decorrente apenas de sua ação ou omissão, não sendo admitida nenhuma outra forma ou espécie (v. g. por fato alheio, por representação, pelo resultado etc.). Daí se depreende que a sanção criminal – pena ou medida de segurança – não é transmissível a terceiros, determinando-se a título de autor, instigador ou cúmplice, segundo o comportamento da pessoa processada e em razão de sua própria culpa. É, pois, matéria que versa sobre autoria e participação, com os seus elementos objetivos e subjetivos.

É fundamental que se compreenda que são "espécies de pena", as privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a de multa, e portanto, restringem-se à pessoa do condenado. Por sua vez, são "efeitos da condenação" (desde a reforma de 1984, com a Lei n.º 7.209, não se fala mais em "penas acessórias"): tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, dos instrumentos e/ou produtos do crime; a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, quando a pena aplicada for superior a quatro anos; a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime

doloso. E acrescenta o parágrafo único que tais efeitos não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. Importante que se diga que, acerca da natureza jurídica dos efeitos da condenação, outrora denominados “penas acessórias”, é de consequências jurídicas não-penais decorrentes da sentença penal condenatória. Logo, “embora figurem no Código Penal, não perdem a característica de sanções civis e administrativas. Ingressam no Código Penal por motivo de sistematização e nada mais”. É por tais razões que a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens podem ser estendidas aos sucessores do condenado, até o limite do valor do patrimônio transferido (art. 5.º, XLV, in fine, CF) .

b) Princípio da individualização da pena

Corolário dos princípios da personalidade e da culpabilidade, o postulado da individualização da pena se consubstancia, na previsão legal, na aplicação da pena e na execução da sanção penal, levando-se em conta, a necessidade de retribuir o mal crime com o mal pena, na exata medida e sem perder de vista a culpabilidade, a personalidade e os antecedentes da pessoa privada de liberdade.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, XLVI preleciona que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

O processo de individualização da pena atinge os três poderes da República, realizando-se em três momentos distintos e complementares: o legislativo, o judicial e o executório.

Na primeira etapa, a legislativa, a individualização far-se-á através da lei, que fixa de forma geral e abstrata, em cada tipo penal, penas proporcionais a importância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa. Prevê-se ainda, em alguns casos, penas alternativas ou substitutivas, ou ainda, aplicação cumulada de penas. Entretanto, a lei penal não se limita as previsões normativas mencionadas, mas também, fixa regras que vão permitir as ulteriores individualizações, estipulando regras que o magistrado deve atender para chegar, em cada caso, à fixação da pena definitiva e concreta. Verifica-se, portanto, que a infração penal não fica adstrita ao arbítrio do legislador. Está ele, vinculado a ela, pois o art. 5.º, XLVI, da Constituição Federal disse que “a lei regulará”. Nota-se que a Constituição se restringe a registrar o princípio, remetendo à lei a respectiva disciplina. À lei

ordinária restou a incumbência de estabelecer os critérios da individualização (vide art. 59 e ss, do CP) sem, entretanto, restringir a extensão do princípio.

Já a segunda fase é a da individualização judiciária, em que o juiz, considerando as circunstâncias judiciais e legais, definirá a pena em concreto. Assim sendo, considerando as peculiaridades do caso concreto e uma variedade de fatores que são especificamente previstos pela lei penal, incumbirá ao julgador fixar qual das penas será aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução. Apesar da previsão legal das circunstâncias judiciais, atua o magistrado com indiscutível discricionariedade, uma vez que incumbe-lhe realizar um ajustamento da resposta penal em função não só de circunstâncias objetivas, mas principalmente da pessoa do denunciado e do comportamento da vítima.

Dito de outro modo, é da própria natureza da individualização o poder discricionário do juiz, no momento da fixação ao caso concreto. "A possibilidade de oscilar entre dois valores é essencial", posto que, individualizar significa mensurar a pena ao caso concreto, ponderando-se fatores de ordem objetiva e subjetiva. Assim sendo, vários valores confluem para fixar a pena cominada, dentre os quais, enfatize-se: o maior ou menor impacto no bem jurídico tutelado, os meios e modos de execução, os elementos subjetivos do injusto etc. Verifica-se, pois que, assim como o injusto penal, a culpabilidade também é graduável, calibrável, e o processo individualizador da pena traduz perfeitamente isso, viabilizando a realização da justiça do caso concreto, proveniente da ideia de igualdade aristotélica, aplicando-se a pena justa.

Trata-se, entretanto, de um juízo de discricionariedade juridicamente vinculada, ficando o magistrado adstrito aos parâmetros legais, que balizam suas valorações e aos conteúdos substanciais da Constituição, que o vincula normativamente em contraposição ao modelo positivista, que exige a renúncia, por parte do julgador, à função de "boca repetidora" da lei.

Deve a pena ser sempre proporcional ao delito, sendo que o delito não se esgota na expressão literal do tipo. É valoração negativa, e como tal, enseja mensuração, maior ou menor repulsa, de modo que, sem a proporcionalidade, impede-se a realização da justiça material.

Por fim, a pena será executada a cada pessoa privada de liberdade conforme seus méritos e seus deméritos, condições e circunstâncias pessoais. É nesse momento que a sanção penal começa a atuar

verdadeiramente sobre o agente que violou a ameaça contida na cominação geral e abstrata. Fala-se então em uma fase executória, e não meramente administrativa, pois é quando se cumpre a cominação de pena imposta em concreto pelo magistrado, e que implicará, inclusive, durante o seu cumprimento, o exercício de funções marcadamente jurisdicionais.

É, pois, na execução de pena que decisivamente concretiza-se a individualização, momento em que poderá ser adequada à personalidade do sujeito ativo da infração, designando-o à espécie de estabelecimento correto dentre os tipos existentes. Nesse passo, a elaboração de legislações que impossibilitem a progressão de regime, a concessão de liberdade provisória ou livramento condicional, bem como outros institutos individualizadores são dignos de crítica, pois oferecem o mesmo tratamento a pessoas diferentes e que reagirão diversamente à aplicação da pena. Esses fundamentos deveriam ser levados em conta pelo legislador quando da gênese do texto legal de leis como, por exemplo, a Lei de Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90).

Como garantia do princípio da individualização da pena na sua fase executória, a Constituição Federal de 1988 assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5.º, XLIX, CF), garante que o cumprimento da pena se dará em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5.º, XLVIII, CF) e prevê também que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5.º, L, CF). Verifica-se que a Constituição Federal tenta enformar, concretizar os direitos de execução, chegando a abordar aspectos que não deveriam ser tratados em nível constitucional, mas tão somente pela lei ordinária (v. g. art. 5.º, L, CF).

5. CONCLUSÃO

O direito de punir do Estado democrático de Direito não é, e nem poderia ser, uma faculdade estatal desenfreada e arbitrária. Ao contrário, tanto a própria estrutura do modelo jurídico optado pelo Poder Constituinte – leia-se: Estado democrático (e social) de Direito -, como o fundamento funcional do Direito Penal – leia-se: a indispensável e amarga necessidade de pena para a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais mais

elementares - contêm limitações expressas ou implícitas (art. 5.º, §2.º, CF).

Assim como os demais ramos do Direito, o Direito Penal fundamenta-se em determinados princípios - essenciais e diretores - derivados dos valores ético-culturais e jurídicos vigentes em uma determinada comunidade social e numa certa época, os quais foram se impondo num processo histórico-político contínuo como sendo basilares à sociedade democrática.

Nesse contexto, as Constituições promulgadas nos últimos decênios, sob um modelo de Estado incorporados dos valores liberais (Rechtsstaats) e sociais (Sozialstaats), as normas concernentes ao Direito Penal se traduzem em postulados que, de um lado, em defesa das garantias individuais, condicionais restritivamente a intervenção penal do Estado; e de outro, preceituam um alargamento da atuação do Direito Penal, ampliando a área de bens objeto de sua proteção, mesmo diante do vigor libertário daquelas. Dito de outra forma, apesar de as Constituições contemporâneas fixarem os limites do ius puniendi estatal, resguardando as prerrogativas individuais, elas também inserem normas propulsoras do Direito Penal para novas matérias, tornando-o um instrumento de tutela de bens metaindividuais, cujo resguardo se mostra indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado.

A presença de matéria penal nas Constituições contemporâneas se dá através de princípios especificamente penais, denominados princípios de natureza penal constitucional, bem como, de princípios constitucionais gerais que versam a matéria penal. Enquanto aqueles são princípios penais constitucionais, estes são constitucionais penais. “Tanto em um sentido como em outro, operam como fundamento e limite do exercício da atividade punitiva estatal”.

Realizando uma aproximação crítica ao Estado brasileiro, ao mesmo tempo em que dizemos ter superado as penas desumanas, cruéis, degradantes, perpétuas etc., ainda alimentamos um cenário de permanente descaso e omissão, em especial pelo Estado-

administração do sistema prisional, através do descumprimento absoluto da Lei de Execução Penal e do atendimento às necessidades básicas das pessoas privadas de liberdade, que vivem indignamente, na maioria dos presídios, sem a devida higiene, espaço, atendimento jurídico, alimentação etc.

Lembre-se que a pena é, tão somente, privativa de liberdade, e não de dignidade, de saneamento básico, de alimentação, de saúde, de higiene enfim. Enquanto fomentarmos um sistema que retroalimenta a alienação e a dessocialização humana, os índices de reincidência e perpetuação delinquencial serão sempre crescentes. É nisso que estamos investindo. É isso que queríamos que acontecesse?

Pois bem, é o que está acontecendo, e não é de hoje. Retribuição desumana, sem ressocialização de pessoas que, em sua maioria, nunca sequer foram socializadas; crescimento exponencial da população carcerária que passa de seiscentas mil pessoas, só no Brasil; crescimento dos índices de reincidência criminosa, que ultrapassa setenta e cinco por cento; tratamento indigno e violento das pessoas privadas de liberdade; fomento da perda da credibilidade estatal, que assiste seus cidadãos-desprezados serem acolhidos pela criminalidade organizada, em suma, rumo ao caos, ao declínio, ao fim.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 1983.

BATTAGLINI, Giulio et al. Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo. Roma: Istituto di Studi Legislativi, 1930.

BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene, XXVII.

_____. VOLTAIRE, Jean-François Arouet. De los delitos y de las penas; con el comentario de Voltaire. Madrid: Alianza, 2014.

- BETTIOL, Giuseppe. Direito penal. São Paulo: Saraiva, 1976.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 20. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRITO, Alexis Couto de. Execução Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1962. t. III.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CARRARA, Francesco. Programa del corso di diritto criminale (parte generale). Firenze: Fratelli Cammelli, 1987, v. 2.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação constitucional do Direito Penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CASTRO, Fábio de. Pena de morte ainda vigora em 57 países. O Estado de São Paulo. São Paulo, publicado em 17, jan. 2015. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,pena-de-morte-ainda-vigora-em-57-paises,1621316>.
- CATTANEO, Mario Alessandro. Pena, diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale, Torino, 1990.
- COSTA JR, Paulo José; COSTA, Fernando José da. Curso de Direito Penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CRISTIANI, Cláudio Valentim. O direito no Brasil colonial. In: Wolkmer, Antônio Carlos. Fundamentos de história do direito.

Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CUELLO CALÓN, Eugênio. La moderna penología. Barcelona: Bosch, 1958.

CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: [s. n.], 1961.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. A Racionalidade das leis penais: teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Introducción al Derecho Penal. 4. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2006.

GARCÍA PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado Contemporáneo. Madrid: Alianza Universidad, 1982.

GRACIA MARTIN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. 1ª. ed. Valencia. 2003.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Abril Cultural, 1974; LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LUIZI, Luis. Os princípios constitucionais penais. 2. ed. Posto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

_____. Pena de Prisão Perpétua. Revista CEJ. V. 4, n. 11, mai./ago. 2000. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/346/548>.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal – Parte General. Madrid: Universitas, 1996, v.1.

LYRA, Roberto. Direito penal científico. Criminologia. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974.

MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. Carcel y Fabrica: Los orígenes del sistema penitenciário (siglos XVI-XIX). Madrid: Siglo veintiuno, 1980.

MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Barcelona: Ariel, 1994.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. Curso de Derecho Penal – Parte General. Barcelona: Cedecs, 1996.

PALAZZO. Francesco. Valores constitucionais e Direito Penal. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La tercera generación de derechos humanos. Madrid: Tecnos, 1990.

PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil, Evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Princípios da dignidade da pessoa e humanidade das penas na Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos>.

_____. Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral: volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Tratado de Direito Penal brasileiro: parte especial: volume 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: O contrato social (Título original: Le Contrat Social revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

SÊNECA. Sobre a ira. Sobre a tranquilidade da alma: Diálogos. Trad. José Eduardo S. Lohner. São Paulo: Penguin Classics, 2014.

SILVA FRANCO, Alberto. STOCO, Rui. Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SMITH, Adam. Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações. Trad. de Armandina Henriques Puga e Marília Alves Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, v. 1.

SOUZA E SILVA. Emanuel Luiz. Condenados às galés. Revista de história. fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistadehistoria.com.br/secao/artigos/condenados-as-gales>.

SPASARI, Mario. Diritto penale e Costituzione. Milano: Giuffrè, 1966.

TOMÁS DE AQUINO. Santo. Suma de Teología. Madrid, 2001, p. 863. Disponível em: <http://biblioteca.campusdominicano.org/1.pdf>.

WELZEL, Hans. Introducción a la filosofía del Derecho: derecho natural y justicia material. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alexandro. Derecho Penal: Parte General. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

SOLUÇÕES CONTRATUAIS PARA INEFICIÊNCIAS DE COBRANÇA JUDICIAL DE DÍVIDA: O BLOQUEIO LIMINAR, A CITAÇÃO FICTA E A FRAGILIDADE DOS CONTRATOS COM PESSOAS JURÍDICAS

Carlos Eduardo Elias de Oliveira

Resumo: A legislação brasileira não é tão hospitaleira à cobrança de dívidas e mantém certo distanciamento da realidade das condutas das partes. Neste estudo, propusemos três comportamentos contratuais para aliviar esse quadro de ineficiência do sistema brasileiro de tratamento dos créditos. O primeiro é pactuar a “cláusula de bloqueio liminar”, fundada no art. 190 do CPC, por meio da qual as partes reservam para si a faculdade de obter, como cautelar inaudita altera pars (antes da citação), o bloqueio de dinheiro na conta da outra parte. Essa cláusula precisa ser assegurada a ambas as partes para evitar abuso de direito. Na hipótese de o desfecho do processo ser desfavorável a quem se serviu dessa faculdade, deve ser prevista contra ela uma multa pecuniária e o dever de pagar indenização suplementar. Essa cláusula enfrenta o problema prático de os atos de execução só começarem a ser praticados muitos anos depois da propositura de uma ação bem como o fato de o devedor esconder os bens após ter ciência da existência da ação. O segundo é estipular a “cláusula de citação ficta”, também fundada no art. 190 do CPC. À luz dela, presume-se a citação do réu mediante tentativa no endereço por ele informado no contrato e mediante comunicação eletrônica. Essa cláusula arrosta o problema de, na prática no cotidiano forense, os autores de ações sofrerem com vários anos de tentativas frustradas de citação do réu. O terceiro são os modos para

contornar (rectius, aliviar) a fragilidade dos contratos com pessoas jurídicas. A solução contratual é vincular os sócios como coobrigados solidários e, para tanto, pode-se servir de “contratos normativos” (ou contratos “guarda-chuva”) nas hipóteses de relações contratuais sucessivas entre as mesmas partes.

1. INTRODUÇÃO

O legislador precisa estar atento para a realidade concreta das coisas e reconhecer que jamais conseguirá, com uma penada, mudar certas práticas sociais. A necessidade de conexão do Direito com a realidade é a coluna vertebral do sistema jurídico. Os romanos ensinavam que o direito nasce do fato (ex facto jus oritur). O jurista francês Georges Ripert advertia que, “quando o direito ignora a realidade, ela se vinga, ignorando o direito”. O cancionista popular também dá alerta disso pelo talento de Chico Buarque: “O que será, que será? Que todos os avisos não vão evitar”.

Vários autores do realismo jurídico e da Análise Econômica do Direito engrossam a fileira dos que buscam dar um “choque de realidade” nos juristas, que, embora possam (e devam) se permitir cavalgar nas asas da imaginação para pensar em formas de transformar aspectos injustos na realidade, não podem se distanciar da natureza das coisas. O jurista há de ser Quixote, mas sem quixotismos.

Um pouco de contato com o mundo comercial já é suficiente para constatar a debilidade da legislação para a cobrança de dívidas: o grau de enforcement (exigibilidade) dos contratos no Brasil não é tão expressivo. Por conta das restrições desse trabalho, deixaremos de levantar dados concretos – o que seria recomendável em estudos posteriores –, embora, pela nossa experiência pessoal, tenhamos exemplos a granel disso. Basta o(a) amigo(a) leitor(a) se aventurar a ajuizar uma ação para cobrar uma dívida para experimentar um pouco da fragilidade do sistema jurídico brasileiro: quando, a daqui anos, começarem os atos de

penhoras, é provável que nenhum bem será encontrado. E, talvez, nas suas andanças nas redes sociais, o(a) amigo(a) leitor(a) se deparará com uma foto do devedor ou do sócio da pessoa jurídica devedora com um elegante sorriso à mesa do elegante café “Les Deux Magots” em Paris.

Em poucas palavras, temos que a legislação brasileira não é tão amigável com os credores. Tal fato talvez justifique o fato de, no Brasil, existir “meios de cobranças puramente privados”, como os cadastros de inadimplentes mantidos por associações de empresários (Serasa, por exemplo): o mercado tenta fazer suas próprias gambiarras executivas alternativamente ao aparelho estatal de cobrança de dívida.

É evidente que muitos casos de execuções judiciais frustradas envolvem devedores de boa-fé que não honraram seus compromissos por absoluta incapacidade financeira. Entretanto, o convívio no cotidiano do mundo negocial brasileiro desperta a convicção de que essas situações não são a regra. Aprofundamentos nisso escapam aos objetivos deste estudo.

É consenso também que o sistema brasileiro não pode abrir mão de garantias civilizatórias escoradas na dignidade da pessoa humana. É preciso, porém, refletir sobre se o modelo brasileiro atual possui ou não exageros, e isso reclamaria visitas a modelos de outros países democráticos com ambientes negociais tidos por amigáveis ao mercado. O assunto desborda, porém, de nosso escopo.

O presente texto tem restrições de páginas e destina-se apenas a sugerir cláusulas contratuais que podem driblar alguns entraves que a legislação apresenta contra a efetividade na cobrança das dívidas. Focaremos três cláusulas: (1) a do bloqueio inaudita altera pars; (2) a da citação ficta; e (3) as de aliviar a fragilidade dos contratos com pessoas jurídicas. Seremos o mais objetivo possível.

2. CLÁUSULA DE BLOQUEIO LIMINAR

É segredo de Polichinelo que, ao receber uma citação em uma ação de cobrança, a maior parte dos devedores se apressará em “esconder” os seus bens, transferindo dinheiro para a conta de parentes, guardando valores em casa, colocando bens em nome dos parentes ou de pessoas jurídicas, alocando seus bens nas “caixas de impenhorabilidade legal” (ex.: poupança até quarenta salários mínimos) etc. Essa é a realidade concreta na maioria dos casos concretos, conforme demonstra a experiência comum.

Ainda que o devedor não faça nada disso neste momento, ele terá outra oportunidade de fazê-lo. É que, na maior parte dos processos, somente após muitos anos começarão as tentativas de penhora de bens: até lá, o devedor poderá esconder seus bens penhoráveis. A fase de conhecimento nas ações de cobrança costuma se arrastar por anos, seja pela impossibilidade de o sobrecarregado Poder Judiciário dar vazão célere aos processos, seja pelo acúmulo de recursos e incidentes processuais que surgirão ao longo do iter processual. Ao encerrar a fase de conhecimento, começará a fase de cumprimento de sentença, e o devedor será intimado para pagar voluntariamente a dívida, sob pena de sofrer atos de constrição judicial. Não é preciso muito esforço para intuir que, ao ser “avisado” da iminência das ordens de penhora, o devedor que não tenha interesse em pagar a dívida providenciará rapidamente “esconderijos” para o dinheiro de sua conta e para outros bens.

Apenas no plano teórico, é viável que o credor, logo quando da propositura da ação de conhecimento, peça exitosamente ao juiz uma cautelar de bloqueio de bens do devedor antes mesmo da citação (cautelar inaudita altera pars) com o objetivo de valer-se do “elemento surpresa” para evitar que o devedor esconda os seus bens.

No plano prático, porém, essa cautelar inaudita altera pars é inviável. É que essa cautelar não depende apenas da prova da plausibilidade jurídica do crédito cobrado (*fumus boni iuris*), mas também da prova de um perigo na demora (*periculum in mora*). E, em processos judiciais de cobranças de dívidas entre

particulares, os juízes só admitem esse periculum in mora quando o autor da ação traz provas concretas de que o devedor está dilapidando ou escondendo o patrimônio, o que é tarefa praticamente impossível. Indaga-se: como um credor poderá ter acesso à conta bancária do devedor para comprovar que ele está escondendo o dinheiro na conta de amigos ou de parentes, se os dados bancários são legalmente sigilosos? Como um credor descobrirá que o devedor está transferindo bens a parentes se, além de o credor não ter acesso ao ambiente familiar do devedor, essas transferências nem sempre são facilmente acessíveis por terceiros?

Não podemos negar a realidade de que, sem o “efeito surpresa”, grande parte das ações judiciais se torna uma mera aventura lítero-poético-recreativa, um verdadeiro sonho de uma noite de verão. Os juízes não costumam admitir o periculum in mora com base na presunção de que o devedor esconderá os seus bens após tomar ciência da propositura da ação.

Apesar de entendermos pela necessidade de os juízes flexibilizarem os requisitos para a comprovação do periculum in mora – questão que pertence ao Direito Processual Civil –, nosso objetivo aqui é, por meio do diálogo entre o Direito Civil e o Processo Civil, oferecer uma solução contratual para contornar esse problema.

Propomos aqui que, com base na autorização dos “negócios jurídicos processuais” (art. 190 do CPC), as partes estipulem o que chamamos de “cláusula de bloqueio liminar”. Por essa cláusula, se qualquer das partes tiver de socorrer-se de medidas judiciais para a cobrança da dívida, ser-lhe-á facultado obter cautelar de bloqueio de dinheiro antes da citação do réu (bloqueio inaudita altera pars) sem necessidade de prova do periculum in mora, desde que o juiz verifique a presença da probabilidade do direito. Esse bloqueio se manterá enquanto subsistir essa plausibilidade do direito.

É fundamental que essa cláusula garanta o mesmo direito a ambas as partes dos contratos, e não apenas a uma delas, sob pena de se tornar nula por abuso de direito.

Como se trata de uma cláusula muito drástica, é conveniente que a cláusula seja associada a uma multa pecuniária para o caso de, ao final, o pleito judicial de cobrança vir a ser considerado improcedente pelo juiz. Temos por razoável que, havendo o bloqueio liminar de dinheiro, se o autor for derrotado no mérito da ação, ele deverá pagar uma multa de 20% do valor que foi bloqueado, além de pagar juros de 1% ao mês durante o período em que o dinheiro se manteve retido. E, além disso, deve ser assegurada indenização suplementar caso o réu comprove prejuízo adicional. Dessa maneira, a cláusula de “bloqueio liminar” se livraria de nulidade por eventual abuso de direito.

Alerte-se que a cláusula é de uso facultativo pela parte: caso ela queira utilizá-la, saberá o risco de pagar uma pesada multa no caso de derrota ao final da ação judicial.

Só enxergamos conveniência na cláusula de “bloqueio liminar” se envolver bloqueio de dinheiro, pois dinheiro é extremamente volátil e escorregadio – é fácil e rápido escondê-lo! –, além de serem o objeto efetivamente buscado na ação.

Todas as dívidas pecuniárias relacionadas ao contrato poderiam ser abrangidas por essa cláusula, com inclusão dos pleitos de indenização por descumprimento de obrigações contratuais (responsabilidade civil contratual).

Em resumo de tudo quanto aqui foi exposto, formulamos abaixo um modelo de cláusula de “bloqueio liminar”:

“CLÁUSULA (BLOQUEIO LIMINAR). Com base no art. 190 do Código de Processo Civil, na hipótese de qualquer das partes tiver de adotar medidas judiciais para a cobrança de dívidas pecuniárias relacionadas a este contrato – ainda que decorrente de responsabilidade civil contratual –, ser-lhe-á facultado obter o bloqueio judicial de dinheiro pertencente à outra parte independentemente de prova de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo 1º O bloqueio liminar só será devido enquanto o direito invocado pela parte se mostrar fundado (enquanto houver probabilidade do direito).

Parágrafo 2º Independentemente de prova de culpa ou dolo e de prova de prejuízo efetivo, se – ao final – o pleito

de cobrança não vier a ser acolhido pelo juiz, a parte que tiver se valido do bloqueio liminar deverá pagar multa de 20% do valor efetivamente bloqueado, sem prejuízo do seu dever de pagar indenização suplementar mediante prova de que essa multa não cobriu integralmente o dano causado. Deverá assegurar que esse dinheiro bloqueado seja acrescido de juros de 1% a.m. durante o período em que o dinheiro ficou bloqueado e de correção monetária pelo INPC. Se o dinheiro tiver recebido acréscimos por rendimentos da conta judicial em patamar inferior ao decorrente desses juros e dessa correção monetária, caberá à parte pagar a diferença.”

Entendemos que essa cláusula está compatível com o art. 190 do CPC e, portanto, é válida. Ainda que envolva consumidor, essa cláusula seria válida por não incorrer em nenhum abuso de direito, especialmente em razão do fato de que também o consumidor poderá valer-se dela contra o fornecedor.

Temos, ainda, que essa cláusula daria maior efetividade às cobranças judiciais e gerariam efeito positivo no mercado. Até mesmo o número de ações judiciais tenderia a cair, pois, no caso de eventual tentativa infrutífera de encontrar dinheiro nas contas bancárias do devedor, a parte autora poderá vir a pedir a desistência da ação para não despender dinheiro e tempo com uma ação judicial provável inútil.

Cabe mais um argumento a favor da validade da cláusula de bloqueio liminar. Quem pode o mais, pode o menos (a maiori, ad minus). Se as partes podem voluntariamente entregar seu dinheiro em garantia da dívida (caução de dinheiro ou penhor etc.), por que elas não poderiam autorizar o bloqueio liminar de dinheiro em um processo judicial em que o juiz identificou a plausibilidade do direito? Não há motivos para censurar essa cláusula de bloqueio liminar, especialmente ao se lembrar que, como qualquer negócio jurídico processual, ela só poderá ser utilizada em contratos envolvendo direitos disponíveis das partes. Sob essa ótica, a cláusula de “bloqueio liminar” nada mais é do que uma espécie de “penhor de dinheiro sui generis”.

Por fim, a cláusula de “bloqueio liminar” nada mais é do que a vontade expressa das partes para permitir o que já é previsto legalmente para alguns casos específicos. Por exemplo, havendo a intervenção extrajudicial de uma instituição financeira por ato administrativo do Banco Central, automaticamente os bens dos administradores se tornam indisponíveis (art. 36 da Lei nº 6.024/1974). Em ação de improbidade administrativa sob indícios de enriquecimento ilícito, é cabível o sequestro dos bens do réu (art. 7º, Lei nº 8.429/1992). O periculum in mora nesses casos é presumido por lei. Sob essa ótica, a cláusula de “bloqueio liminar” nada mais é do que uma presunção de periculum in mora por vontade expressa das partes.

3. CLÁUSULA DE CITAÇÃO FICTA

É realidade inafastável que, em inúmeros processos judiciais de cobrança de dívida, o credor perde anos e anos tentando obter a citação do devedor por este estar em local desconhecido. Em muitos casos, o devedor mudou do endereço informado no contrato sem comunicar os credores.

A citação por edital só pode ser obtida após o esgotamento de todas as medidas disponíveis para encontrar o devedor (art. 256, CPC). Entre essas medidas, está a consulta a endereços cadastrados em nome do devedor perante instituições financeiras , a Receita Federal , o Detran , concessionárias de serviços públicos (água, luz, telefone etc.), a Justiça Eleitoral etc.

Na primeira instância, as posturas dos juízes nem sempre são uniformes. Conhecemos caso em que o juiz, antes de autorizar a consulta à Receita Federal e ao Banco Central – em nome de uma suposta proteção do sigilo fiscal e bancário –, determinou que a parte previamente obtivesse certidões de todos os cartórios de imóveis de um Estado atestando inexistir imóvel em nome do devedor ou, na hipótese de haver imóveis, providenciasse a tentativa de citação nesses imóveis. Sabemos de outras extravagâncias, como a de juízes que se recusam a expedir ofícios

para as concessionárias de serviço público e determinam que o próprio advogado faça o trabalho de “despachante”: recolha os mandados na vara judicial, protocole-os nas várias concessionárias de serviço público, aguarde o prazo de análise de cada concessionária, recolha a resposta no balcão de cada uma das concessionárias e, finalmente, protocole a resposta perante o juízo.

O advogado sequer tem a possibilidade de interpor agravo de instrumento contra essas decisões interlocutórias por falta de previsão legal: o regime processual atual é o da taxatividade, ainda que mitigada, das hipóteses de cabimento desse recurso.

Mesmo quando não há essas heterodoxias processuais, inúmeros endereços diferentes chegam aos autos a partir das informações obtidas nas consultas aos órgãos públicos e às concessionárias de serviço público. Alguns meses ou até anos serão consumidos com as várias tentativas sucessivas de citação do devedor em cada um desses endereços.

É comum haver processos que se arrastam por mais de quatro anos apenas nessas tentativas de citação até que, ao final, seja realizada a citação por edital.

Apesar de entendermos que esse problema deveria ser resolvido mediante flexibilizações na doutrina processual ou até por meio de mudanças legislativas, entendemos que os contratos podem escapar a esses transtornos de morosidade por meio do que chamamos de “cláusula de citação ficta”, que representa uma hipótese de negócio jurídico processual na forma do art. 190 do CC.

Por essa cláusula, as partes estipulam que, caso qualquer delas tenha de valer-se de ações judiciais contra a outra para exercer direitos decorrentes do contrato, a citação da outra será admitida como concretizada mediante tentativa feita no endereço indicado no contrato, ainda que ninguém seja encontrado no local ou que o réu já tenha mudado de endereço.

Essa cláusula deve estar associada ao dever de qualquer das partes de comunicar a mudança de endereço à outra por um canal

que permita comprovação posterior. Havendo essa comunicação, caberá ao autor promover a citação no novo endereço.

É evidente que, na hipótese de o autor da ação, seja por lapso, seja por má-fé, promover a citação em endereço antigo, o processo deverá ser considerado nulo e, ainda por cima, o autor da ação deverá indenizar o réu por eventuais prejuízos causados, como, por exemplo, na hipótese de ter havido alguma constrição de bens ou de ter havido a negativação do nome do devedor em cadastro de inadimplentes. A propósito, convém que seja estipulada uma multa pecuniária para essas situações como uma prefixação de indenização, assegurada a cobrança de indenização suplementar.

Entendemos que, além da tentativa da citação no endereço indicado no contrato ou em comunicação posterior, também deverá ser cumulado o mero envio da citação ao contato eletrônico disponibilizado no contrato (e-mail, whatsapp etc.). Na Era da Sociedade da Tecnologia, essas comunicações eletrônicas se mostram mais eficientes do que os métodos tradicionais.

A cláusula ora alvitrada é plenamente compatível com o regime de negócio jurídico processual na forma do art. 190 do CPC. Inexiste nela qualquer tipo de abuso de direito, pois a cláusula poderá ser utilizada por ambas as partes do contrato, e não apenas por uma delas. Além disso, em razão da boa-fé objetiva, as partes já possuem o dever de cooperar com a outra, atualizando-a no caso de mudança de endereço. Esse dever de boa-fé objetiva está plenamente compatível com o próprio CPC, que já permite presumir a realização da intimação feita no endereço constante dos autos. Afinal de contas, se a parte mudou de endereço sem comunicar o novo local nos autos, a sua conduta é de má-fé, conforme arts. 77, V, 106, II e § 2º, 274, parágrafo único, 513, §§ 3º e 4º, 841, § 4º, 876, § 2º, 889, parágrafo único, do CPC, a seguir transcritos:

“Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:
(...)

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;”

“Art. 106. Quando postular em causa própria, incumbe ao advogado:

(...)

II - comunicar ao juízo qualquer mudança de endereço.”

(...)

§ 2º Se o advogado infringir o previsto no inciso II, serão consideradas válidas as intimações enviadas por carta registrada ou meio eletrônico ao endereço constante dos autos.”

“Art. 274. Não dispendo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais, aos advogados e aos demais sujeitos do processo pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.

Parágrafo único. Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.”

“Art. 513. O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código.

§ 1º O cumprimento da sentença que reconhece o dever de pagar quantia, provisório ou definitivo, far-se-á a requerimento do exequente.

§ 2º O devedor será intimado para cumprir a sentença:

I - pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos;

II - por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos, ressalvada a hipótese do inciso IV;

III - por meio eletrônico, quando, no caso do § 1º do art. 246, não tiver procurador constituído nos autos

IV - por edital, quando, citado na forma do art. 256, tiver

sido revel na fase de conhecimento.

§ 3º Na hipótese do § 2º, incisos II e III, considera-se realizada a intimação quando o devedor houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo, observado o disposto no parágrafo único do art. 274.

§ 4º Se o requerimento a que alude o § 1º for formulado após 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença, a intimação será feita na pessoa do devedor, por meio de carta com aviso de recebimento encaminhada ao endereço constante dos autos, observado o disposto no parágrafo único do art. 274 e no § 3º deste artigo.

(...)"

"Art. 841. Formalizada a penhora por qualquer dos meios legais, dela será imediatamente intimado o executado.

§ 1º A intimação da penhora será feita ao advogado do executado ou à sociedade de advogados a que aquele pertença.

§ 2º Se não houver constituído advogado nos autos, o executado será intimado pessoalmente, de preferência por via postal.

§ 3º O disposto no § 1º não se aplica aos casos de penhora realizada na presença do executado, que se reputa intimado.

§ 4º Considera-se realizada a intimação a que se refere o § 2º quando o executado houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo, observado o disposto no parágrafo único do art. 274."

"Art. 876. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados.

§ 1º Requerida a adjudicação, o executado será intimado do pedido:

I - pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos;

II - por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos;

III - por meio eletrônico, quando, sendo o caso do § 1º do art. 246, não tiver procurador constituído nos autos.

§ 2º Considera-se realizada a intimação quando o executado houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo, observado o disposto no art. 274, parágrafo único."

De fato, a “cláusula de citação ficta” ora sugerida apenas estende para a citação (primeiro ato de comunicação processual) uma presunção já admitida legalmente para as intimações (posteriores atos de comunicação).

Chama-se a atenção para o fato de que os negócios processuais só são utilizados para processos judiciais envolvendo direitos disponíveis, de maneira que, se as próprias partes pactuam essa cláusula, não há motivo algum para considerá-la nula.

Alerte-se ainda que “quem pode o mais, pode o menos” (a maiori, ad minus). Se as partes poderiam fugir ao Judiciário elegendo um procedimento arbitral e se elas poderiam escolher, nesse procedimento arbitral, uma forma de citação ficta como a ora esculpida, qual seria a razão para proibir a cláusula de citação ficta no Poder Judiciário, ainda mais considerando que essa cláusula apenas levará o processo judicial a se tornar mais célere? Não há razão alguma para censurar a cláusula de “citação ficta”, a qual está compatível com o princípio da duração razoável do processo, com o princípio da autonomia da vontade das partes e com o princípio do contraditório.

A autorização de negócio jurídico processual na forma do art. 190 do CPC deve levar em conta que pactos que acelerem a tramitação do processo só contribuem para desafogar o já atolado Poder Judiciário, ainda mais quando se trata de processos judiciais envolvendo direitos disponíveis que poderiam ter sido resolvidos por arbitragem.

Para sintetizar o ora exposto, deixamos este texto como uma cláusula contratual de citação ficta:

“CLÁUSULA (CITAÇÃO FICTA). Com base no art. 190 do Código de Processo Civil, na hipótese de qualquer das partes tiver de adotar medidas judiciais relacionadas a questões jurídicas relativas a este contrato (com inclusão de cobranças de dívidas, de responsabilidade civil contratual ou de invalidades), presume-se realizada a citação se ela tiver sido presumida no endereço indicado neste contrato, ainda que ninguém seja encontrado no lugar ou que tenha ocorrido mudança de endereço do réu. Parágrafo 1º Se qualquer das partes mudar de endereço,

é seu dever comunicar a outra acerca do novo endereço. Essa comunicação deverá ser feita mediante mero envio de mensagem no contato eletrônico constante dos autos. Parágrafo 2º Na hipótese do parágrafo 1º, a presunção de citação só ocorrerá se a citação tiver sido promovida no novo endereço.

Parágrafo 3º Se o autor da ação indicar o endereço antigo, caberá ao réu informar esse erro na primeira oportunidade que se manifestar nos autos, caso em que o juiz, além de reconhecer a nulidade da citação, condenará o autor da ação a pagar ao réu multa de 20% sobre o valor da causa como início de indenização, independentemente de prova do prejuízo. É, porém, assegurado ao réu o direito de, em provando que seu prejuízo excedeu ao dessa multa, cobrar indenização suplementar.”

4. CLÁUSULAS PARA CONTORNAR (OU ALIVIAR) FRAGILIDADE DE CONTRATOS COM PESSOAS JURÍDICAS

Costumamos falar em aula que fazer contrato com pessoa jurídica é o mesmo que fazer contrato com fantasma. É operacionalmente fácil que os sócios esvaziem o patrimônio de uma sociedade empresária endividada e utilize esse capital para si mesmo ou para “montar” uma nova sociedade sem dívida alguma. Não se ignora que, havendo prova desse ato abusivo, os credores poderão valer-se da desconsideração da personalidade jurídica para atingir o patrimônio dos sócios ou até da nova pessoa jurídica criada, tema tão bem tratado por civilistas como o professor Flávio Tartuce, que também faz à alusão à teoria da sucessão de empresas como uma variação da teoria da desconsideração .

O problema é que provar essas manobras de esvaziamento patrimonial da pessoa jurídica é tarefa que beira as raias do impossível na maior partes das vezes, pois, além de o credor não ter acesso às movimentações bancárias da pessoa jurídica devedora, ele dificilmente descobrirá outras manobras praticadas pelos sócios às escondidas . A criatividade evasiva da pessoa jurídica é infinita.

Enfim, obter, na prática, a desconsideração da personalidade jurídica é meta das mais difíceis, salvo nas excepcionais hipóteses em que se admite a teoria menor da desconsideração.

Por essa razão, é preciso ficar bem clara a fragilidade dos contratos feitos apenas com pessoas jurídicas.

Para enfrentar essa fragilidade, só resta duas alternativas aos credores.

A primeira é econômica: aumentar o preço dos produtos e dos serviços para absorver economicamente esse risco de “calote” por parte de alguns dos devedores.

A segunda é jurídica: vincular os sócios da pessoa jurídica como coobrigados solidários das dívidas da pessoa jurídica. Nesse caso, recomendamos que os sócios sejam considerados coobrigados solidários, e não meros fiadores, pois, além de a solidariedade nunca se presumir (art. 265 do Código Civil), a figura jurídica do

fiador é demasiadamente escorregadia, com várias possibilidades jurídicas de exoneração, como na hipótese de moratória sem sua participação.

Sabemos que exigir a assinatura dos sócios como coobrigados solidários pode, na prática, inviabilizar o negócio, de modo que, nessa hipótese, só sobrar a primeira alternativa supracitada (a de aumentar o preço dos produtos).

Ainda em relação à segunda alternativa, convém lembrar da figura dos contratos normativos. Deveras, na prática empresarial, contratos de milhões de reais sequer costumam ser formalizados por escrito. É praxe que muitos contratos tenham, como única prova de sua existência, uma nota fiscal e uma tira de papel assinada como comprovante de entrega de mercadoria. E, nesses contratos, é comum que o pagamento do preço ocorra vários dias depois da entrega da mercadoria. Para esses casos, o recomendável é que a parte realize um “contrato normativo”, também chamado de contrato “guarda-chuva”, cujo objeto é apenas estabelecer regras para contratos futuros que serão realizados entre partes. Essa espécie de contrato é útil para situações de relação negocial contínua entre duas partes, como na hipótese de uma empresa que, periodicamente, vende produtos para uma outra. Esses sucessivos contratos de venda poderão estar regulamentados pelo contrato normativo que foi celebrado anteriormente. É nesse contrato normativo em que os sócios poderão ser vinculados à dívida como coobrigados solidários.

Portanto, para contornar (ou melhor, aliviar) a fragilidade dos contratos com pessoas jurídicas, recomenda-se vincular os sócios como coobrigados solidários, o que poderá ser feito em um “contrato normativo” quando se tratar relações negociais sucessivas entre as mesmas partes. Em não sendo viável por questões de conveniências negociais, a única alternativa é absorver os riscos creditícios dos contratos com pessoas jurídicas aumentando o preço dos produtos ou dos serviços.

5. CONCLUSÃO

As soluções contratuais tratadas neste texto são apenas algumas das outras que a criatividade negocial tem de criar para enfrentar o grave problema de o modelo brasileiro não ser tão amigável às cobranças de dívidas.

INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO CIVIL EM FACE DA PRESENÇA DE TUTELAS INIBITÓRIAS: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA DO FORMALISMO A EFETIVAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAIS

Anísio Monteschio Junior;
Valéria Juliana Tortato Monteschio

Resumo: O presente artigo faz uma abordagem histórica da proteção dos direitos individuais e coletivos, com o objetivo de explicar a origem das tutelas preventivas e inibitórias que visam antecipar o ato contrário ao direito e demonstrar suas funções de proteção a direitos de pessoas indeterminadas. Um dos problemas destacados se encontra da proposta de busca uma resposta ao problema que envolve a técnica de tutelas preventivas e inibitórias pode ser aplicada no processo civil. Foi utilizado o método jurídico-teórico, por meio do raciocínio dedutivo na análise da legislação específica, com fontes bibliográficas. Concluiu-se que é necessário ampliar os conceitos e buscar novas perspectivas para possibilitar que o Poder Judiciário outorgue concretude a Justiça e a eficiência das decisões no processo ambiental, empregando as técnicas ora estudadas

Palavras-chave: Tutela processual; Estado democrático de direito; Processo civil; Defesa dos direitos individuais e coletivos.

INTRODUÇÃO

No atual momento social brasileiro, tem-se como evidente a preocupação com a reparação de dano, seja ele de que natureza for,

por intermédio da recompensa, reitere-se, seja de qualquer jaez a ofensa ocorrida, ou seja, o que prevalece é a reparação em dinheiro. Por outro lado, não é possível se esquecer a existência de que a existência das tutelas cujo escopo seja o cumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer e de entrega de coisa.

Há que se ressaltar que a tutela ressarcitória ganhou importância de destaque na seara jurídico processual diante dos casos em que havia e há a impossibilidade de cumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa. Destarte, a prestação jurisdicional passou a ficar consignada dentro da seara de “perdas e danos”, na tentativa de obter sucesso em uma relação já judicializada e sob o enfoque do custo benefício.

As mudanças sociais, sejam elas dos mais variados matizes, alcançam patamares expressivos a ponto de moldar o Estado. Neste pensar cabe refletir sobre essas mudanças de paradigmas impostas ao Estado no decorrer dos anos e com fatos históricos de expressão singular. É incontestável a alteração do “status” envolvendo poder público e administrado, deixando ser uma relação de ordem vertical para assumir um viés de horizontalidade.

O todo poderoso Estado, pelas conquistas sociais passa a vivenciar, em muitos casos, uma posição de igualdade perante o cidadão, esse passa a desfrutar de direitos inimagináveis dentro do cenário de outrora que prevalecia a forma do Estado, do absolutismo absoluto. Com isso, houve uma emergente necessidade de alterar os padrões já estabelecidos a maneira com a qual o Estado encarava, administrava e intervinha nas relações privadas, bem como os direitos que estariam em foco.

Assim sendo, as relações sociais assumindo contornos cada vez expressivos, “as placas tectônicas” sociais e jurídicas passaram a se movimentar a ponto de causar grande impacto na nova constituição social que passou a se formar. Trazendo a questão para o Estado brasileiro, segundo o qual, um retrato da sociedade mundial, pois não há como pensar o ordenamento jurídico brasileiro dissociado das experiências vivenciadas e aprovadas em outros países.

Destarte, no Brasil passou a acrescentar normas relacionadas ao direito difuso com o pensamento em uma coletividade que poderia ser afetada em diversas situações. Influências externas, pactos internacionais e grandes guerras foram determinantes para causar uma intensa transformação nas normas, sem deixar de lado os direitos e garantias individuais conquistados ao longo dos anos, mas incluindo regras que ultrapassavam a seara do indivíduo.

Nesse sentido, pensou-se em modificar o meio pelo qual os direitos são conquistados, através da adoção de tutelas processuais que pudessem, de fato, garantir a eficácia de um direito previsto legalmente e buscando meios de reparar in natura o que foi lesado e, se possível, evitar danos maiores por meio de uma tutela antecipatória do ilícito.

Dessa forma, foram criadas tutelas preventivas e inibitórias que, junto com as ressarcitórias, poderiam ser alternativas acessíveis e adequadas para o novo modelo processual solicitado pela sociedade.

Os direitos mais urgentes nos dias de hoje envolvem uma coletividade indeterminada de pessoas, inclusive de gerações futuras que não têm o poder de voz para defender seus interesses. Assim, são criados instrumentos normativos para que as condições de vida sejam, no mínimo, semelhantes às de hoje e possa ser assegurado o direito à dignidade da vida humana.

Em face dos avanços experimentados pelo conjunto jurídico mundial, aliado as conquistas do conjunto de cidadãos, ou seja, dentro de “abalos sísmicos” normativos de alta ou baixa densidade acabaram por destruir ou mitigar as estruturas jurídicas até então incontestáveis existentes. Com isso, novos micro-sistemas jurídicos acabaram se formando, como por exemplo os relacionados ao meio ambiente equilibrado, normas consumeristas adequadas, proteção à criança e ao adolescente e à identidade de um povo, por exemplo, passam a ser discutidos com mais propriedade e consciência, assim como se conclui que são necessárias tutelas específicas e efetivas para concretização de direitos mais complexos.

Sobreleva enfatizar que os temas de importância meta individual, contidos nos exemplos acima referidos, eram matérias que jamais estiveram dentro das discussões dentro de um estado absoluto, pois a propriedade era entendida como um direito absoluto, podendo o seu proprietário usar, gozar e até abusar do direito de propriedade, as crianças eram exploradas nas fábricas sendo lhe impostas jornadas de trabalho extenuantes.

Em razão dessas alterações, o direito material foi alterado de forma expressiva, não podendo o direito processual ficar a margem de tais alterações. O objetivo do presente texto é formular uma discussão sobre o tema relacionado a efetiva prestação jurisdicional na proteção de direitos individuais, coletivos. Não se pretende esgotar a temática, mas apenas e tão somente expor, dentro de um texto enxuto, uma pesquisa histórica dentro de um pensamento que venha a adicionar aos já existentes culminando com um novo pensar.

Assim sendo, o problema que se propõe averiguar é se as técnicas de tutelas preventivas e inibitórias são compatíveis com a realidade vivida no Brasil.

Para tanto, o objetivo dessa pesquisa é analisar e discutir as possibilidades processuais mais adequadas para direitos tão diversos e urgentes, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos, na tentativa de garantir a celeridade procedimental, importância e efetividade que lhes é necessária, tendo a consciência de que a reparação monetária não se faz mais suficiente para direitos da terceira dimensão.

1. DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS DENTRO DE UMA VISÃO HISTÓRICA

Os direitos de primeira dimensão, ou geração, como queiram, os quais refletiam a sociedade liberalista e individualista, cuja preocupação era o indivíduo. O Estado não intervinha na economia e nas relações pessoais e a autonomia da vontade era elemento essencial de qualquer contrato.

Tratam-se dos séculos XVII e XVIII, da Revolução Francesa de 1789, do fim do Estado descrito por Hobbes no Leviatã, do movimento iluminista, da queda do absolutismo que atingiu sua máxima expressão com o Rei Sol - Luís XIV, e da elaboração de uma constituição republicana.

As liberdades negativas clássicas são reflexos de um Estado absoluto e são frutos de diversas revoluções liberais francesas e norte-americanas nas quais a classe burguesa buscava o respeito às liberdades individuais e à titularidade do indivíduo.

Nesse contexto, os direitos fundamentais foram verdadeiros limites para a atuação governamental, demarcando um campo de interferência do Estado na esfera privada.

Os direitos de primeira dimensão abarcam o que é classificado como direitos fundamentais, divididos em três gerações que se fundamentam nos direitos humanos.

Para os jus naturalistas, os direitos humanos são imperativos e inerentes ao direito natural, anteriores à existência do Estado. Na perspectiva dos positivistas, são direitos prescritos em leis, outorgados e regulados por elas. E, na visão dos idealistas, são princípios decorrentes de lutas sociais e políticas.

Como características de direitos fundamentais há de se destacar a universalidade, imprescritibilidade, historicidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, interdependência, aplicabilidade, constitucionalização e vedação ao retrocesso.

Dessa forma, são dirigidos a todos os seres humanos, sem restrição, imunes à prescrição, parte de um processo histórico, inabdicáveis pelo titular, intransferíveis, indisponíveis, complementares, com aplicabilidade imediata previstos na Constituição da República de 1988.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão predominaram até a eclosão das guerras mundiais que abriram espaço para a mudança de paradigma e necessidade de novos direitos e nova forma de governo.

2. A MUDANÇA DE PARADIGMA E A DEFESA DOS DIREITOS META

INDIVIDUAIS

Os direitos de primeira geração (dimensão) até então existentes, ou seja, dentro de um estado era se abstinha de interferir na vida dos cidadãos, se mostrou ineficaz e a não corresponder com os anseios sociais diante da nova miríade de situações jurídicas e sociais que se apresentavam. A expansão comercial, a diversificação dos costumes, das moedas, a ascensão da classe burguesa frente ao Estado “perdulário”, passou a exigir um novo olhar para a tutela dos direitos individuais ou mesmo “coletivos”.

Com isso, a classe burguesa, demonstra ainda mais seu poderia, principalmente com a Revolução Burguesa do século XIX, em face dos próprios investimentos em meios de produção, a desvalorização da mão de obra humana, a tecnologia e a ênfase no sistema capitalista ocasionaram desequilíbrios nas relações sociais.⁵⁷

O novo sistema de exploração criado foi fortemente criticado por Marx no Manifesto do Partido Comunista, publicado em 1848 na Alemanha. E assim começaram a serem discutidas as bases para o Estado Social de Direito. Concluiu-se que os direitos de primeira dimensão acabaram por favorecer os altos membros da sociedade, empregadores e donos de propriedades e de meios de produção e foi relativizada a ideia de liberdade e igualdade.

O proletariado buscava a redução das desigualdades sociais e da pobreza, bem como mais dignas condições de trabalho. E, com a mudança de paradigma social, os direitos de segunda dimensão foram pensados não para excluir os de primeira, mas para aperfeiçoá-los e contextualizá-los na nova necessidade da sociedade. O Estado deixa de ser mero observador e passa a atuar como coadjuvante na garantia de direitos individuais, políticos, sociais e econômicos, intervindo para promover a justiça social.⁵⁸

Como forma de equilibrar a relação burguesia-proletariado, o Estado tornou-se instrumento necessário para garantir direitos e deveres. Com o advento da Constituição Mexicana (1917) e Republicana de Weimar da Alemanha (1919), além do Tratado de

Versalhes pós Primeira Guerra Mundial, se desperta o sentimento de revolução e justiça social.

Nessa fase, os direitos de segunda dimensão demonstram que o Estado deve interferir nas relações sociais, passando a ter responsabilidade para a concretização de um ideal de vida digna. Relacionam-se, portanto, com as liberdades positivas, assegurando a igualdade material nas relações, acesso à educação, saúde, condições dignas de trabalho, moradia, lazer, segurança, vestuário, higiene, transporte, previdência social, proteção à maternidade e infância e assistência aos desamparados.

Apesar da existência de inúmeros atos normativos, não foram criados métodos para garantir a efetivação dos direitos nem fiscalização para assegurar o cumprimento deles. Assim, a normatização dos direitos fundamentais foi passo crucial para o desenvolvimento da democracia, mas não foi suficiente para resolver os conflitos e as deficiências públicas.

A partir dos anos 1960 surge uma nova dimensão de direitos fundamentais norteados pelos princípios da solidariedade e fraternidade. Os direitos difusos e coletivos ficam em voga e o Estado ganha a conotação de Estado democrático de direito, que garante a proteção e o respeito pelos direitos humanos e garantias fundamentais através normatização jurídica.

Os direitos de terceira dimensão são denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade porque têm natureza de implicação universal, e alcançam uma característica de transindividualismo que exige esforço e responsabilidade em escala mundial para serem efetivados.⁵⁹

Os direitos dessa nova dimensão protegem todas as formações sociais, interesses de titularidade coletiva ou difusa de gerações presentes e futuras. Entre eles é possível identificar o direito à proteção da comunidade indígena, da criança e do adolescente, das pessoas portadoras de deficiência, segurança pública, consumidor, meio ambiente, bem como a proteção dos bens que integram o patrimônio artístico, histórico, cultural, paisagístico, estético e turístico (difusos), consumidores receberem serviços de boa

qualidade das prestadoras de serviços públicos essenciais (telefonia, abastecimento de água e energia elétrica), adicional de insalubridade para técnicos de raios-X; serviços educacionais de qualidade para alunos de determinada escola/faculdade (coletivos em sentido estrito), declaração de nulidade de cláusula abusiva de contrato de prestação de serviço público essencial, indenização de vítimas de acidente de avião (direitos individuais homogêneos), ao desenvolvimento ou progresso, à autodeterminação dos povos, à paz, comunicação (plano internacional).

O ordenamento jurídico brasileiro classifica e conceitua os direitos difusos como aqueles que não se pode mensurar a quantidade de beneficiários e coletivo aquele que é possível determinar um número de titulares. O Código de Defesa do Consumidor, no art. 81, conceitua da seguinte forma:

Art. 81 do CDC.

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe e pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum

Atualmente predomina o Estado Democrático de Direito, a existência de direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira (e, para alguns doutrinadores até quarta e quinta)

dimensão, paradigma que associa a norma com princípios em uma nítida preocupação com níveis para além do indivíduo, considerando a moral e a ética social nas decisões judiciais e administrativas. Dessa forma, mesmo diante de consideráveis transformações, o panorama geral ainda deixa a desejar, ponto a ser discutido adiante.

3. TEORIA QUÍNTUPLA DO DIREITO DE AÇÃO

Até os anos 70, a ideia do liberalismo predominava na forma de governo adotada, refletindo no sistema processual brasileiro. Assim, existe uma ação de conhecimento, que dá causa a um processo de contraditório e conjunto de provas, objetivando um acerto do direito (resultado de mérito), sendo a ação executiva o cumprimento (satisfação) de uma decisão já tomada.

A teoria ternária, originada do Direito italiano, tem como representantes os juristas Enrico Tulio Liebman e Giuseppe Chiovenda⁶⁰. Nessa linha de raciocínio, o doutrinador Neves dispõe que:

defendida por substancial corrente doutrinária que segue as lições de Liebman, contrapõe-se a essa tradicional corrente doutrinária a teoria quinária (quíntupla) da sentença, defendida por doutrinadores que seguem as lições de Pontes de Miranda, fundada no entendimento de que, além das três espécies de sentença descritas pela teoria ternária, existem ainda as sentenças executivas lato sensu e as sentenças mandamentais, o que resultaria num total de cinco espécies de sentença. É mais adequada a teoria ternária [...] que não distingue diferenças no conteúdo de sentenças condenatórias, executivas lato sensu e mandamentais. [...] em todas há a imputação de cumprimento de uma prestação ao réu, havendo diferença entre elas somente na forma de satisfação dessa prestação, o que naturalmente não faz parte do conteúdo do ato decisório, mas sim de seus efeitos.⁶¹

Ademais, é também adepto dessa corrente Theodoro Júnior assevera que: “de par com a tradicional classificação das sentenças em condenatórias, declaratórias e constitutivas, existem também as sentenças homologatórias, que são aquelas de mera verificação de legitimidade de ato das partes para alcançar a autocomposição do litígio”.⁶²

Classificavam-se, portanto, as sentenças em três: declaratória, constitutiva e condenatória. As ações de natureza declaratória

buscam a certeza, o pronunciamento oficial oriundo de uma autoridade, a existência ou inexistência de uma relação jurídica. O direito torna-se certo, no caso de provimento jurisdicional. Dessa forma, o interesse do autor que vai ao juízo limita-se à uma declaração de existência ou não de determinada relação jurídica ou a autenticidade ou da falsidade de um documento (art. 4º do Código de Processo Civil - CPC/1973).

A ação condenatória pressupõe uma sentença de condenação do réu, em caso de procedência do pedido do autor, ou do réu reconvinente, afirmando a existência de direito do demandante, sua respectiva violação e a obrigação de indenizar ou ressarcir, de alguma forma a parte lesada. Possibilita a via da execução forçada em caso de descumprimento. Para Pontes de Miranda “supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige tenham obrado contra direito, que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados”.⁶³ As de natureza constitutiva têm como objetivo o provimento jurisdicional para criar, extinguir (constitutivas negativas) ou modificar uma relação jurídica.

Todavia, ao lado da teoria clássica tripartite do direito de ação de Pontes de Miranda há mais duas classificações que surgiram posteriormente: as ações mandamentais e as executivas lato sensu, decorrentes do Tratado das Ações da década de 1970, originando a classificação quinária das ações.⁶⁴

A teoria quinária diferencia a sentença condenatória, a mandamental e a executiva lato sensu, de acordo com a carga de eficiência ou de resultado de cada uma. A primeira deverá ser cumprida posteriormente pelo réu e, as demais, imediatamente. Dessa forma, a diferença é definida pela voluntariedade do réu, presente apenas na sentença mandamental, ou seja, o cumprimento da sentença executiva lato sensu seria possível apenas em razão da força estatal.

As ações mandamentais buscam a ordem do juízo para uma obrigação positiva ou negativa, de acordo com a pretensão autoral. A ordem judicial pode ser dirigida à Administração Pública ou ao particular (art. 461, § 5º, do CPC/1973). Mandado de segurança

e ação de modificação de registro público são exemplos dessa categoria. Em caso de descumprimento fica caracterizada a desobediência à autoridade estatal passível de sanções.

Já a ação executiva representa a possibilidade de obrigar o cumprimento de uma tutela específica de obrigação, podendo alcançar o patrimônio do devedor, se for o caso para garantir o direito do autor. No caso da *lato sensu*, o cumprimento forçado dá-se no mesmo processo em que foi proferida a decisão, independente de qualquer outra providência para alcançar o bem jurídico tutelado na relação.

Dessa forma, não dependem de requerimento de execução posterior, como no caso das ações possessórias e de despejo, neste pensar cabe destacar a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, defensores da teoria quinaria: “ com o passar do tempo, e o surgimento de novos direitos, passaram a ser necessárias novas técnicas para a tutela dos direitos, quando apareceram as sentenças mandamental e executiva, delineadas com base nas expressões normativas constantes dos arts. 84 do CDC e 461 do CPC⁶⁵.

Cabe ressaltar que os citados doutrinadores apresentam suas posições contrárias as assumidas por Pontes de Miranda, especificamente no que concerne a classificação das sentenças, cujo texto é de singular importância para o presente trabalho, assim consignando:

A diferença teórica entre a execução direta e indireta, já frisada pela doutrina italiana clássica, não pode ser ignorada quando as sentenças são classificadas a partir dos meios executivos. A forma de atuação de tais sentenças é completamente distinta. A execução indireta, segundo o seu próprio nome indica, é incapaz de, diretamente, permitir a tutela do Direito. Ela atua sobre a vontade do demandado para constrangê-lo a adimplir a sentença, de modo que a tutela do Direito, em última análise, dependerá da vontade do réu. Por sua vez, a execução direta, também conforme faz sentir a nomenclatura, viabiliza a tutela do Direito diretamente, sem se importar com a vontade do demandado. Ao lado disso, em termos de valores, é substancialmente diversa

a atuação judicial mediante execução direta e a que se dá por meio de execução indireta. Ainda que ambas sejam resultado da quebra de garantia de liberdade que se pensava outorgar, por intermédio do princípio da tipicidade, é certo que a atuação estatal sobre a vontade do cidadão tem sensível diferença em relação à atividade do Estado, que prescinde de tal forma de intervenção. Tanto é verdade que a grande preocupação do Direito Liberal Clássico sempre esteve ligada à incoercibilidade da vontade. [...] Mas a tradição terminológica, importante para a boa circulação e compreensão dos conceitos, fez com que mantivéssemos as expressões condenatória, mandamental e executiva, já que com isso não perdemos os conteúdos e os significados que estão por detrás de cada um desses signos, conforme antes explicitado.⁶⁶

Portanto, cada ação tem seu objetivo e obtém sua eficácia quando declara (natureza declaratória), decreta (natureza constitutiva), condena (natureza condenatória), manda/ordena (natureza mandamental) e determina (natureza executiva), alcançando o provimento para o qual foi designada.

3.1. Tutela preventiva

O procedimento de cognição composto pelo sistema de sentenças da classificação ternária é absolutamente incapaz de garantir uma tutela adequada aos moldes que aspira e necessita a geração de direitos coletivos.

O processo civil clássico refere-se ao paradigma de Estado liberalista abarcado pelos direitos de primeira dimensão, fundados nos valores da autonomia da vontade, da liberdade, da individualidade, da neutralidade do Juiz e do Estado e da não intervenção.

Mas o desejo por tutelas diferenciadas, antecipatórias e viáveis, é urgente e a mudança na mentalidade retratada na história deve refletir no ordenamento jurídico de uma sociedade, mesmo que não seja na mesma velocidade.

Dentro da temática meta individual, a qual merece proteção indistinta de todos, o texto constitucional de 5 de outubro de

1988 em seu art. 225 realça o equilíbrio ecológico, essencial à sadia qualidade de vida, produto da combinação física, biológica e de diversos outros elementos que interagem entre si, entre os quais tem por objetivo a proteção a presente e futuras e presentes gerações, sendo seu melhor remédio, sem dúvida, a tutela preventiva.

Conceitua-se tutela preventiva como aquela que é concedida antes do dano ou da ilicitude. Diverge das tutelas repressiva, reparatória, ressarcitória, reintegratória e restauradora, que correspondem a atuações posteriores ao dano ou ao ilícito.

A tutela prestada de forma preventiva, então, ganhou importância, principalmente para proteger direitos não patrimoniais e coletivos ou difusos, que quando lesados dificilmente serão reparados de maneira eficiente.

Em termos comparativos com o Código de Processo Civil revogado, esse em alguns pontos acabara por gerar instabilidade interpretativa, tendo em vista que na legislação processual revogada os institutos da tutela cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela com a tutela preventiva, acabava por gerar, mesmo com requisitos diferenciados.

A dúvida era gerada principalmente porque em muitos casos as medidas cautelares e antecipatórias possuem natureza preventiva. Porém, não é a regra. As antecipações de tutela concedidas com base no inciso II ou ainda no § 6º do art. 273 do CPC/1973, independem da comprovação do risco de dano.

No mesmo sentido, ainda, a ocorrência do dano não significa que não haverá sua continuação ou outro evento ilícito. E cabe ao processo assegurar que as consequências não se agravem. Com a entrada em vigor do atual Código de processo civil, a questão envolvendo a cognição sumária restou unificadas as tutelas cautelares e antecipatórias que existia no Código de Processo Civil revogado todas sob a denominação de tutelas provisórias.

A tutela provisória é o mecanismo processual pelo qual se antecipa o provimento judicial de mérito ou acautelatório antes da prolação da decisão final e subdivide-se em urgência e evidência,

sendo que a primeira é deferida quando os elementos que indiquem a probabilidade do direito e o perigo da demora estiverem presentes (art. 300 do CPC/2015), e a

segunda dispensa a demonstração do perigo da demora nos casos em que:

- (i) ficar caracterizado abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- (ii) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas com prova documental e houver tese firmada em demandas repetitivas ou em súmula vinculante;
- (iii) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; ou
- (iv) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Ainda, a tutela de urgência pode ser classificada em cautelar e antecipada, concedidas em caráter antecedente (autos apartados) ou incidental (art. 294 do CPC/2015).

A tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente é concedida no caso em que o risco seja contemporâneo à propositura da ação.

Quanto à estabilidade da decisão, o prazo é de dois anos para possível revisão mediante ajuizamento de ação própria reformando ou anulando a tutela concedida (art. 304, § 2º ao 6º, do CPC/2015).

Este é um tema ainda polêmico na doutrina e jurisprudência acerca dos efeitos que a decisão de deferimento da tutela terá quando ocorrer a preclusão do direito da parte contrária de impugná-la já que decorrido o prazo sem manifestação, as partes se submeterão a uma decisão não suscetível de reforma por ato judicial, conforme preceitua o art. 304, § 1º e 6º do CPC/2015.

Já a tutela de urgência cautelar permite que a parte obtenha um provimento acautelatório que preserve o bem jurídico principal,

possuindo um caráter instrumental e assegurando a efetividade do processo. Pode ser conferida de forma incidental ou antecedente.

A tutela de evidência, prevista no art. 311 do CPC/2015 pode ser requerida independentemente da comprovação do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, valendo-se da plausibilidade do direito em quatro hipóteses já mencionadas.

3.2. Tutela inibitória

Trata-se de procedimento de cognição de natureza preventiva, destinado a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. É uma tutela específica que objetiva evitar a ocorrência do ilícito buscando a integridade do direito diante de uma ameaça de lesão.

Assume grande importância já que alguns direitos não podem ser reparados ou meramente ressarcidos monetariamente e porque prevalece o ditado de que é melhor prevenir que remediar.

É tutela jurisdicional destinada a colocar em prática a norma violada, removendo os efeitos danosos decorrentes da potencial violação.

A tutela ressarcitória tende a substituir o direito primário por um valor correspondente ao dano ocorrido, garantindo a integridade patrimonial do direito lesado, em direção oposta a da inibitória, que não apresenta qualquer caráter sub-rogatório, preservando o bem jurídico em si. Deve ser considerada em caráter antecedente, não sendo excludente da ressarcitória.

Ainda, tem a peculiar característica de voltar-se ao futuro, antecipando um provável dano, em contramão da ressarcitória, que se volta para o passado.

Importante ponto de distinção é entre dano e ilícito, já que ambos são independentes entre si, tendo em vista que é possível a ocorrência de um dano e esse seja lícito.

Por sua vez, é dentro da doutrina dos italianos Frignani e Rapisarda, que se destaca que a tutela inibitória objetiva-se a evitar o ilícito, mesmo que seja repetido ou continuado, e não o dano em si, prescindindo dos possíveis efeitos concretos do ato ou da

atividade ilícita, dependendo apenas da possibilidade do ato contrário ao direito.

E, embora a probabilidade do ilícito possa constituir a probabilidade do próprio dano, haja vista ser difícil separá-los em termos cronológicos, para a concessão da tutela inibitória não é preciso demonstrar um dano futuro.

A tutela ganhou tamanho destaque que está preceituada no par. um. do art. 497 do CPC/2015 que dispõe: “tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito”, cumulado com o art. 537 do mesmo códex.

Encontra-se fundamento nos ideais constitucionais de efetividade e democracia garantidos pelo art. 5º, inciso XXXV, CR/1988, que prescrevem que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Conforme Marinoni (2004, p. 5), no plano internacional tem respaldo na legislação alemã (§1.004 do BGB), italiana (art. 156 da Lei sobre Direito do Autor - Lei 633/1941) e no direito anglo-americano (quia timet injunction).

No que tange à contextualização da tutela inibitória à realidade das demandas coletivas existem instrumentos normativos, como o art. 84 do CDC e art. 11 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), criando um sistema processual para defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo fundamentos jurídicos para as ações inibitórias e de remoção do ilícito, no caso de perpetuação dos efeitos de uma causa já praticada.

Ainda, garante ao juiz um enorme poder de intervenção e ativismo judicial, em conformidade com o art. 497 do CPC/2015, garantindo que o bem jurídico seja, de fato, tutelado, e agindo em prol da coletividade ao defender interesses difusos.

3.3 Tutela Ressarcitória

A tutela ressarcitória atua após a ocorrência do dano, de forma regressiva, e pode ser

dividida em duas formas: *in natura* ou *in pecunia*. Preferencialmente é adotada a tutela em que são tomadas medidas que aproximem do status a quo ante (reparação *in natura* ou tutela específica para cumprimento de obrigação). Apenas no caso de inviabilidade dessas opções, aplica-se a modalidade *in pecunia* para ressarcir o dano, mediante pagamento do valor correspondente às consequências causadas pelo ato contrário ao direito.

As tutelas inibitórias, reintegratórias e ressarcitórias de obrigações específicas enquadram-se em situações nas quais o direito ou o patrimônio do autor é mantido (prevenção) ou restituído integralmente a exata situação anterior ao dano ou do ilícito.

No caso de tutela por conversão em perdas e danos, o autor não obtém uma reversão da situação, mas recebe a prestação no valor correspondente ao dano causado.

A ideia da tutela ressarcitória remete ao liberalismo do século XIX, demonstrando uma equivalência dos bens e que tudo há um valor, no mínimo, determinável.

O dogma das perdas e danos refletia à patente neutralidade do juiz que não precisava analisar os bens tutelados de maneira tão minuciosa nem as partes envolvidas, atendo-se ao valor econômico do dano em questão, mantendo a igualdade de mercado.

Porém, pensando no princípio da igualdade formal e na necessidade de levar em consideração diversos aspectos no julgamento e definição de valor, descobriu-se que era preciso conferir tratamento diferenciado a situações sociais diversas.

O grande dilema foi tentar adequar essa tutela aos direitos extrapatrimoniais como o direito à personalidade, o próprio dano moral, direitos coletivos e difusos, resumindo-os e reduzindo-os a valores monetários estipulados sem critérios objetivos eficientes.

A necessidade de uma tutela antecedente ao dano encontrou diversas polêmicas para encontrar um objetivo e um fundamento, surgindo o pensamento de que nem sempre a ação resulta em um dano e que podem ser praticados atos preparatórios com uma finalidade sem que qualquer ato seja cometido ou ainda pode

ocorrer o simples anúncio de determinada ação sem nenhuma atitude concreta para tal.

Daí ocasionou a diferença entre ilícito de perigo e ilícito de lesão por Candian, explicando a distinção entre tutela preventiva e tutela ressarcitória, respectivamente.

Entretanto, a doutrina diverge quanto à concepção de Candian que assemelha o ilícito de perigo com o ilícito de dano, demonstrando uma preocupação em evitar o dano e não o ato contrário ao direito (ilícito). Silva ensina que a: função do processo há de ser verdadeiramente instrumental, deverá ele ser concebido e organizado de tal modo que as pretensões de direito material encontrem, no plano jurisdicional formas adequadas, capazes de assegurar-lhes realização específica, evitando-se, quanto possível, que os direitos subjetivos primeiro sejam violados para, só então, merecer tratamento jurisdicional, concedendo-lhes a seu titular, às mais das vezes, um precário sucedâneo indenizatório.

Dessa forma, tutela ressarcitória ainda existe e demonstra grande importância no sistema de tutelas processuais, porém vem cada vez mais demonstrando ocupar um caráter residual, dando mais enfoque para as hipóteses em que não se aplicam as tutelas preventivas e que o bem jurídico sofreu um dano e precisa haver o ressarcimento, nem que seja de forma pecuniária. Entretanto, deve-se dar prioridade para a tutela in natura para que nos casos em que o bem tutelado seja de alta valia para a sociedade e de difícil quantificação monetária, haja alguma maneira de recuperá-lo de forma concreta.

Uma das mais importantes alterações no sistema jurídico brasileiro restou consolidado com a entrada em vigor da Lei nº 7.347/85, a qual passou a proteger tutelas preventivas de cunho metaindividual, ou seja, ampliando o rol de beneficiados por decisões judiciais assim consignando em seu art. 11 o seguinte texto:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a

cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor

A proteção de direitos fundamentais, os quais possuem, um amplo e indeterminado conjunto de bens e pessoas tem como maior predicado a possibilidade de impor obrigações a sua abstenção.

Nesse sentido, as tutelas: preventiva e inibitória são as mais adequadas, já que proporcionam que o Poder Judiciário tome decisões para alcançar a efetiva conservação e preservação de direitos fundamentais.

Em termos processuais, o Código de Defesa do Consumidor representa outro marco no sistema normativo no sistema jurídico brasileiro ao prever a tutela coletiva, protegendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. O Código de Defesa do Consumidor determina como ocorrerá a defesa dos direitos da coletividade em juízo, os legitimados e os possíveis desdobramentos processuais.

Ao se colacionar ambos os institutos, demonstram a possibilidade de tutelas que tragam efetividade, celeridade e proteção para direitos antes olvidados e com valor considerado superior aos individuais. Assim, mesmo que o microsistema processual brasileiro preveja diversas tutelas para abranger os mais diversos conflitos, devem ser priorizados os institutos preventivos, a fim de evitar o ilícito e o dano. No entanto, no caso de violação do direito, deve haver medidas para evitar a continuação, reparar os danos e ressarcir, em último caso, o prejuízo causado. Portanto, todos são de suma importância e têm o momento processual adequado para serem utilizados.

4. CONCLUSÕES

O presente trabalho se propôs a analisar e discutir as tutelas processuais adotadas durante o Estado liberal e a mudança de

paradigma social e jurídico para o Estado social democrático, buscando responder a seguinte pergunta: as técnicas de tutelas preventiva e inibitória são compatíveis com a ação civil pública?

Nesse sentido, foi avaliada a transformação da perspectiva social no ordenamento jurídico brasileiro, restando evidente que os direitos em voga refletem a necessidade da sociedade da época e os acontecimentos históricos e sociológicos alteram toda a estrutura de um ordenamento jurídico, reposicionando prioridades, criando institutos e acrescentando direitos.

Durante o estudo, demonstrou-se que os meios disponíveis para tutelar direitos e resolver conflitos são diversos, mas cada um cumpre seu propósito. Enquanto os direitos de primeira dimensão predominavam e a noção do indivíduo era o tema e era a tendência, o Estado liberal preconizava a não intervenção, o auge da burguesia como classe dominante e os meios de produção relacionados com a indústria, com larga produtividade.

O Código de Processo Civil revogado ilustrava uma realidade de conflitos entre indivíduos e a tutela se resumia em ressarcir ou reparar o dano já causado. Após as grandes guerras mundiais a metodologia de pensamento foi bruscamente alterada e o homem passou a pensar mais na coletividade.

Assim, passou a ser exigido do Estado garantias que foram minimizadas ou se extinguíram para buscar um equilíbrio nas relações estabelecidas. Foi o ápice da regulamentação social com a discussão de direitos de educação, transporte, saúde, previdência social e trabalho, causando uma grande mudança no que tange aos direitos fundamentais e à noção de condições dignas de vida.

Não demorou muito para que os princípios de solidariedade e fraternidade ganhassem destaque e os direitos relativos à coletividade fossem ampla e internacionalmente discutidos.

As tutelas processuais existentes não conseguiam atender às demandas coletivas, concedendo respostas ineficazes, morosas e desproporcionais aos conflitos instaurados. Nesse sentido, começaram a surgir tutelas específicas que buscavam atender aos anseios da nova era, apesar de ser grande a resistência. Assim,

tutelas inibitórias e preventivas, de uma maneira geral, ganham notoriedade e a tutela ressarcitória passa a ter caráter subsidiário e complementar no ordenamento jurídico.

Ainda que sejam institutos recentes e haja dúvida sobre a forma de aplicação, as tutelas específicas têm ganhado espaço dentro dos tribunais e perante os operadores do direito, revolucionando o modo de abordar o tema e de reparar danos, sendo uma solução condizente com os anseios da geração atual.

Conforme demonstrado, as tutelas específicas estão previstas no ordenamento brasileiro, especialmente na Lei de Ação Civil Pública, no que concerne às obrigações de fazer e não fazer.

Em termos de proteção ambiental, a tutela preventiva em sede de Ação Civil Pública é cabível conforme parágrafo 3º do art. 84 do CDC e art. 21 da Lei nº 7.347/85, permitindo, inclusive, a concessão da tutela específica de obrigação de fazer ou não fazer em caráter liminar.

A tutela preventiva, especificamente, visa a prevenção do dano em si e envolve obrigações de fazer e entregar, sendo considerados provimentos auto executivos. Destina-se à proteção de direitos irreparáveis, fundamentais e não patrimoniais, sendo adequada para ações civis públicas que buscam a proteção de direitos fundamentais metaindividuais.

A tutela inibitória, por outro lado, tem como função elidir a ocorrência do ilícito, sua continuação ou repetição por meio da abstenção de algum ato. Os provimentos jurisdicionais decorrentes dessa tutela são de cunho obrigacional de omissão, ou seja, ausência de atitude, sendo também auto executivos.

Dentre outras diferenças, pode-se dizer que a tutela inibitória não analisa demonstração de elemento subjetivo ou ilicitude de uma conduta, sendo a mais adequada na hipótese de ausência de dano, visto que assegura a efetividade, correlacionando o direito material e processual.

Portanto, conclui-se que as técnicas de tutela preventiva e inibitória são compatíveis com a ação civil pública, de acordo com previsões legais do próprio ato normativo que dispõe sobre a Ação

Civil Pública, disposto também no Código de Defesa do consumidor e no atual Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luciano Vianna. A teoria quinária (a teoria da Constante Quinze) e a Lei nº 11.232/2005. In: NOGEIRA, Pedro Henrique; COSTA, Eduardo Fonseca da; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Teoria quinária da ação. Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2010. Cap. XV, p. 331-342.

BEHRING, Elaine Rosseti; BOSCHETTI, Ivanete. Política social: fundamentos e história. 2. ed. São Paulo: Cortez 2017.

CARCARÁ, Thiago Anastácio; MAIA, Clarissa Fonseca Maia. Democracia e conflitos de ódio: busca pela convivência pacífica através da mediação comunitária. Scientia Iuris, Londrina, v. 21, nº 3, p. 225-247, nov. 2017. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/29524/22330>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Meio ambiente: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. São Paulo: Método, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; FERREIRA, Rafaela Cabral. Classificações das sentenças. PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD, nº 7, p. 129-139, jan./dez. 2011.

Disponível

em:

<<http://revista.fead.br/index.php/dir/article/view/334/243>>.

Acesso em: 30 dez. 2019.

-
- [57] BEHRING, Elaine Rosseti; BOSCHETTI, Ivanete. Política social: fundamentos e história. São Paulo: Cortez 2017. p. 7.
- [58] CARCARÁ, Thiago Anastácio; MAIA, Clarissa Fonseca Maia. Democracia e conflitos de ódio: busca pela convivência pacífica através da mediação comunitária. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, nº 3, p. 225-247, nov. 2017. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/29524/22330>>. Acesso em: 30 dez. 2019.
- [59] MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Meio ambiente: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 74.
- [60] THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; FERREIRA, Rafaela Cabral. Classificações das sentenças. *PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD*, nº 7, p. 129-139, jan./dez. 2011. Disponível em: <http://revista.fead.br/index.php/dir/article/view/334/243>. Acesso em: 30 dezembro. 2019.
- [61] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 493
- [62] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Vol. I Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 590.
- [63] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 121.
- [64] ARAÚJO, Luciano Vianna. A teoria quinária (a teoria da Constante Quinze) e a Lei nº 11.232/2005. In: NOGEIRA, Pedro Henrique; COSTA, Eduardo Fonseca da; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Teoria quinária da ação. Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2010. Cap. XV, p. 332.
- [65] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 414.
- [66] Idem. p. 420.

TUTELA PROVISÓRIA E EVIDÊNCIA NEGOCIADA: TEMOS NOSSO PRÓPRIO TEMPO?

Rogéria Dotti

Resumo: Este artigo trata da tutela provisória de evidência no sistema do Código de Processo Civil de 2015, especialmente no que diz respeito à ampliação de suas hipóteses por força de negócios jurídicos processuais. Analisa, assim, a distribuição do ônus da prova por convenção das partes, considerando que o tempo necessário à prova de interesse do réu não pode retardar a satisfação do direito do autor.

Palavras-chave: Tutela provisória; Tutela da evidência; Código de Processo Civil de 2015; Negócios jurídicos processuais; Ônus da prova.

1. TUTELA PROVISÓRIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: A DISPENSA DO REQUISITO DA URGÊNCIA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O Código de Processo Civil de 2015 denomina de tutela provisória todos os provimentos judiciais sumários, isto é, as decisões que dispensam a cognição exauriente, baseando-se na mera probabilidade do direito. Além disso, unifica os requisitos com relação às tutelas de urgência antecipada e cautelar: adota, por um lado, a ideia de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo⁶⁷ e, de outro, a de provável existência do direito. Desaparece, portanto, a distinção entre *fumus boni iuris* e verossimilhança da alegação.

Mas o mais relevante é que o legislador não apenas manteve, como ampliou significativamente a possibilidade de concessão da

tutela da evidência, ou seja, a tutela antecipada dissociada da urgência. O art. 273, inciso II do Código de 1973, com as alterações da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, já previa essa forma de realização do direito sempre que houvesse abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Ainda no sistema anterior, a Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, introduziu o parágrafo 6º ao art. 273, com a finalidade de permitir também a antecipação para o pedido (ou parcela dele) que já se mostrasse incontroverso. Novamente, portanto, surgia a possibilidade de satisfação do direito, mesmo sem a urgência. Mas nesse ponto faz-se necessária uma pequena ressalva: a satisfação antecipada de uma parte da pretensão está hoje corretamente contemplada no julgamento parcial de mérito (art. 356 do CPC/2015). Isso porque não se trata de tutela antecipada (baseada em cognição sumária), mas sim de decisão de mérito com cognição exauriente. Naquela época, contudo, adotou-se essa alternativa justamente porque não era viável, à luz do princípio da unicidade da sentença, uma cisão da decisão de mérito. De qualquer forma, há bastante tempo em nosso sistema já se mostrava admissível a tutela da evidência, isto é, a possibilidade de satisfação antecipada sem *periculum in mora*. Os requisitos para essa forma de antecipação são: de um lado, a prova do fato constitutivo do alegado direito do autor⁶⁸ e, de outro, a defesa infundada ou inconsistente apresentada pelo réu.

A tutela da evidência constitui, na verdade, uma técnica processual diferenciada para assegurar uma distribuição mais justa e equitativa da espera pelo provimento final. Como sustenta Luiz Guilherme Marinoni, *se o ônus da prova dos fatos litigiosos deve ser repartido entre o autor e o réu na medida do que alegam, cabe indagar se o tempo para a produção da prova também não deve ser repartido de acordo com a mesma regra*⁶⁹. Justamente por isso, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira esclarecem que a evidência é um fato jurídico processual e, enquanto tal, pode ser tutelada em juízo⁷⁰.

Destaque-se que há grande semelhança entre a tutela da evidência do Código de Processo Civil de 2015 com o *référé provision* do sistema francês, o qual permite a antecipação do provimento judicial diante de uma contestação não séria⁷¹. A afinidade entre os institutos, aliás, já era visível no art. 273, II do Código *Buzaid*. O novo Código segue essa mesma orientação, criando no art. 311 novas hipóteses legais de antecipação, as quais guardam entre si a característica de permitir a satisfação antecipada do direito sempre que se estiver diante de uma defesa inconsistente. Isto porque, assim como na França⁷², percebeu-se que o tempo necessário à instrução de alegações não sérias jamais deveria prejudicar aquele que, desde logo, consegue comprovar a existência do fato constitutivo de seu direito. Nesse sentido, afirma-se que a injustiça decorrente do decurso do tempo é muito mais provável do que a que decorreria de um eventual erro judiciário⁷³. Justamente por isso, todos os incisos do art. 311 apresentam uma ideia em comum: a da contestação não séria⁷⁴.

Destaque-se que o simples fato de haver um aumento das hipóteses legais de antecipação divorciada da urgência já sinaliza uma maior preocupação do sistema legal com a posição jurídica daquele autor que, aparentemente, tem razão. Para ele, o Código de Processo Civil de 2015 cria novas chances de ver o direito satisfeito desde logo, independentemente de qualquer situação de risco. Trata-se, assim, de uma mudança de paradigma em relação àquele processo anterior, extremamente conservador e comprometido apenas com a visão do réu.

Em seu sentido amplo, a tutela provisória permite fazer com que o tempo necessário para o deslinde da controvérsia não se torne um fardo injustamente pesado a quem tem razão⁷⁵. Para tanto, é fundamental que os direitos evidentes mereçam, por parte da lei, um tratamento diferenciado. Trata-se, acima de tudo, de uma questão de justiça: *o processo, para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito*⁷⁶.

A tutela provisória antecipada, e especificamente a tutela da evidência, constitui, portanto, um caminho para se implementar a garantia constitucional da razoável duração do processo (Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXVIII⁷⁷) e assegurar a efetividade do direito material. Mostra-se fundamental para a credibilidade e a respeitabilidade do próprio Poder Judiciário.

Ela é uma aposta no que *geralmente acontece*, conforme clássica lição de Giuseppe Chiovenda, deixando de lado a lógica de que o processo deve considerar apenas o que *pode acontecer no caso concreto*⁷⁸. Daí porque o grande jurista italiano trata das *declarações com predominante função executiva* referindo-se às várias formas de restrição à cognição ordinária mediante a antecipação da execução⁷⁹.

Com efeito, se a pretensão só puder ser atendida ao final da demanda (quando então se concluirá com certeza quanto à existência do direito), o longo trâmite processual causará descrédito, frustração e sensação de injustiça. Daí a importância da aplicação da tutela provisória. Deve-se ter em mente que a função jurisdicional não depende exclusivamente da cognição exauriente. Cabível aqui a lúcida crítica feita por Ovídio Baptista da Silva no final dos anos 90: “para a doutrina tradicional, fiel à *ordinariedade*, julgamento fundado em verossimilhança, julgamento não é: julgar provisoriamente é não julgar⁸⁰”.

O mito da *ordinariedade*, felizmente, não exerce o fascínio de antes e a garantia da razoável duração do processo constitui hoje uma preocupação crescente. Ela vem reflexamente prevista dentre as normas fundamentais do novo Código, mais especificamente nos arts. 4º e 6º. Mas, já estava contemplada no art. 8º, inciso 1 do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. O direito

ao processo sem dilações indevidas também está reconhecido no art. 6º, inciso I da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁸¹. Além disso, passou-se a reconhecer o direito subjetivo à indenização pela excessiva demora do processo. Seguindo essa orientação, a Corte Europeia dos Direitos do Homem impôs reiteradas condenações a vários países com base no dano moral decorrente da excessiva espera. Nesse aspecto, mostra-se interessante a adoção de critérios objetivos e específicos para a aferição da ilicitude⁸².

Na Itália, a Lei nº 89, de 24 de março de 2001, mais conhecida como “Legge Pinto”, alterou o art. 375 do Código de Processo Civil justamente para permitir *equa riparazione* dos danos causados pela demora excessiva. Aliás, o direito de obter decisões judiciais em prazo razoável é tão antigo que já vinha assegurado na Magna Carta, de 1215. Com efeito, seu parágrafo 40 estipulava que “a ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça”⁸³.

Lamentavelmente, porém, apesar desses avanços ainda existe um conservadorismo em relação a quem deve suportar o tempo necessário para a instrução. Há visivelmente uma tendência, verdade seja dita, que o novo Código procura afastar, na manutenção do *status quo* até a sentença. Daí uma consciência maior sobre a demora processual. Afinal, como dizia Eduardo Couture: no processo, o tempo é algo mais do que ouro: é justiça⁸⁴.

O Código Civil de 2015 prevê a concessão da tutela de evidência em quatro cenários distintos: a) abuso do direito de defesa ou propósito protelatório da parte; b) prova documental das alegações de fato e existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmulas vinculantes; c) pedido reipersecutório fundado em prova documental adequado ao contrato de depósito e d) petição inicial instruída com prova documental suficiente à demonstração do direito do autor, sem oposição de defesa do réu com prova capaz de gerar dúvida razoável.

As hipóteses não são taxativas pois o próprio Código prevê outras situações de antecipação sem urgência, além do rol do art. 311. É o que ocorre, por exemplo, com a liminar possessória (art. 562), com a liminar monitória (art. 701) e com aquela concedida nos embargos de terceiro (art. 678). Na verdade, o art. 311 assegura um critério geral para a aplicação da tutela provisória de evidência (defesa inconsistente), o que amplia consideravelmente o tratamento legal até então oferecido.

A lógica dessa solução é inquestionável. Com efeito, se o direito do autor já se mostra muito mais do que provável, nada mais adequado do que permitir sua imediata tutela.

2. ÔNUS DA PROVA E O TEMPO NECESSÁRIO PARA A INSTRUÇÃO

O julgamento de procedência ou improcedência do mérito de um pedido, assim como o deferimento ou indeferimento de determinada pretensão em sede de tutela provisória, dependem da prova que se possa fazer a respeito da existência do fato constitutivo do alegado direito. Por outro lado, a pretensão do réu quanto à improcedência está diretamente ligada à possibilidade de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele suposto direito. É exatamente o que estabelece o art. 373 do Código de Processo Civil.

Parece fácil concluir que, quanto melhor a demonstração do fato constitutivo do direito, maior a chance do acolhimento da pretensão. Ocorre que, em virtude do caráter dialógico do processo, não basta ao autor comprovar que sua situação encaixasse na previsão legal de outorga determinado bem. Para a prolação da decisão judicial será necessário igualmente ouvir o réu, a fim de verificar se, apesar da ocorrência do fato constitutivo, não existem fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele alegado direito. Chiovenda já destacava que tanto os fatos constitutivos como os impeditivos deveriam ser investigados para se reconhecer a existência do direito. Segundo ele, situar uma circunstância dentro da esfera de uns ou de outros tem uma importância

enorme na medida em que leva à repartição do ônus da prova⁸⁵. A propósito desse caráter bilateral do processo, Paulo Henrique Lucon destaca que a exceção é um direito processual análogo à ação⁸⁶, merecendo igual valorização. Nessa linha, o respeito a um contraditório forte, com poder de influência é uma das características do novo diploma processual e de um sistema que pretende ser democrático⁸⁷. Loïc Cadiet menciona que o ônus da prova pesa sobre a parte que pretende o reconhecimento de uma pretensão, quer seja ela pela via da ação ou da exceção⁸⁸. Justamente por isso, o tempo da instrução poderá interessar a uma ou a outra parte, dependendo da natureza do fato que se quer demonstrar.

O mais relevante, contudo, é que as consequências da pendência da prova, ou seja, o fato da instrução interessar ora ao autor, ora apenas ao réu, parece passar despercebido pela maior parte da doutrina. Tende-se a acreditar que o requerente é quem sempre deve aguardar todo o tempo da instrução, quaisquer que sejam as alegações ou as provas requeridas pelo réu.

Tal raciocínio mostra-se absolutamente equivocado. Em verdade, a necessidade da instrução do processo e, conseqüentemente, o tempo imprescindível para tanto, são exigências às vezes de uma parte, às vezes de outra. Justamente por isso, o tempo necessário para a produção da prova deve ser suportado por quem dela necessita⁸⁹. Essa é a lógica que orienta a possibilidade de satisfação antecipada do direito do autor, na tutela da evidência.

A situação é semelhante a da condenação com reserva de exceções, admitida no Direito italiano⁹⁰. Nela, permite-se uma decisão sumária, com força executiva, quando o réu não apresentar prova escrita em sentido contrário àquela produzida pelo autor. Como esclarece Giuliano Scarselli⁹¹, as exceções apresentadas pelo réu só serão analisadas em uma fase posterior, depois da condenação que autoriza a satisfação do direito do autor. Chiovenda, explicando o instituto, dizia que com ele derroga-se o princípio de que o juiz deve, juntamente com o pedido do autor, conhecer de todas as exceções apresentadas pelo réu antes de proferir a decisão. Admite-

se, portanto, a cisão de uma ou mais exceções da própria análise da ação⁹².

É verdade que a distribuição clássica ou estática do ônus da prova, prevista no *caput* do art. 373, constitui regra geral para a conduta ao longo do procedimento. As partes sabem assim, antecipadamente, qual é a atitude que o sistema delas espera a fim de poder acolher a pretensão deduzida em juízo. Mas pouco se fala sobre quem deve suportar o tempo necessário para a atividade instrutória. Dito de outro modo, não se considera a possibilidade de antecipação da tutela nas situações em que o autor já se desincumbiu de seu ônus probatório.

Tal ideia fica clara se considerarmos a noção de ônus da prova e as consequências da inércia da parte. No âmbito do processo, o ônus nada mais é que uma *tarefa atribuída a uma parte, cujo exercício poderá lhe trazer uma situação de vantagem*⁹³. É bem verdade que os ônus processuais podem ser imperfeitos, o que ocorre sempre que sua inobservância não gere necessariamente uma consequência negativa⁹⁴. Saliente-se que o ônus da prova tem justamente essa característica pois, como advertem Wambier e Talamini, a parte que não produz a prova não será necessariamente derrotada na lide⁹⁵. Entram em jogo nessa equação o princípio da comunhão da prova⁹⁶ e a própria possibilidade da produção de provas *ex officio* pelo juiz.

De qualquer forma, a distribuição do ônus da prova deve autorizar, em determinadas circunstâncias, a satisfação do direito da parte, notadamente quando ele já se mostra evidenciado.

O Código de Processo Civil de 2015 manteve a possibilidade de flexibilização do ônus da prova, deixando claro que a sua distribuição diversa pode ocorrer por ato do juiz ou por convenção das partes. Nesse último aspecto, o legislador foi bastante cauteloso ao estabelecer que são vedados os negócios processuais sobre prova que recaírem sobre direito indisponível da parte ou que tornarem excessivamente difícil o exercício do direito. O art.

373, § 3º do Código de Processo Civil reproduz quase que literalmente o disposto no art. 2.698 do Código Civil italiano⁹⁷.

Não há dúvida, portanto, que o novo sistema admite convenções processuais em matéria probatória. A propósito, vide os Enunciados nº 19 e 21 do Forum Permanente de Processualistas Civis. Tais negócios podem ser típicos, como a distribuição diversa do ônus da prova, expressamente autorizada pelo art. 373, § 3º, ou atípicos, consoante a regra do art. 190 do Código. E, embora existam limites para essas convenções⁹⁸, elas constituem hoje uma nova ferramenta que poderá ser de grande utilidade para melhor equacionar o fator tempo dentro do processo.

3. A TUTELA DA EVIDÊNCIA COMO FORMA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO TEMPO NO PROCESSO

O juízo de probabilidade possui relevância processual e deve permitir, nas hipóteses legalmente previstas, a antecipação da realização do direito. Qualquer pensamento em sentido contrário desconsidera a ideia de isonomia no tratamento das partes, privilegiando a manutenção do *status quo* e dando valor excessivo à busca de certeza. Afinal, porque prestigiar o possível, mas improvável, direito do réu quando o autor apresenta provas suficientes de que certamente vencerá a demanda? Diante dessa circunstância, é lógico pensar que o Poder Judiciário deve tutelar o direito que já se mostra provável, ao invés de impor uma longa e demasiada espera à parte que tem maior probabilidade de vencer a demanda.

Afinal, se o decurso do tempo é algo negativo para aquele que já conseguiu demonstrar a verossimilhança de seu direito em juízo, proteger apenas a esfera jurídica do réu, que tem poucas chances de êxito, seria extremamente injusto⁹⁹.

A tutela da evidência¹⁰⁰, tal como prevista no novo Código de Processo Civil, têm justamente essa finalidade. Ela visa antecipar a realização de um direito que já se mostra altamente provável,

gerando com isso uma inversão na espera pela instrução do processo. Com efeito, uma vez demonstrada a existência do fato constitutivo do direito do autor, incumbe ao réu suportar o custo do restante do tempo processual. Essa é a lógica que norteia o instituto: incontrovérsia do fato constitutivo¹⁰¹ e inconsistência da defesa.

O direito evidente é, dessa forma, aquele cuja prova dos fatos revela-se incontestável ou ao menos impassível de contestação séria¹⁰². Interessante notar que a experiência forense na apreciação de liminares evoluiu de forma a reconhecer a importância da prova documental e da consequente alta carga de *fumus boni juris* na análise da cognição sumária. Eduardo José Fonseca da Costa, fazendo um estudo empírico, afirma que, diante da alta probabilidade do direito, em determinadas situações sentiam-se os juízes autorizados a dispensar o requisito do *periculum in mora* para a concessão da medida, movidos pela sensação da *injustiça da espera*. Assim, o *excesso de fumus boni juris* deformava o campo de gravidade das tutelas de urgência, afastando o exame do perigo da demora¹⁰³. Verificava-se nesses casos, ainda sob a égide do Código de 1973, uma espécie de *tutela de evidência extremada sem urgência*¹⁰⁴. *Isto por uma razão bastante clara: o simples decurso do tempo sem a satisfação desses direitos evidentes já representava uma lesão*¹⁰⁵.

*No direito francês, onde a tutela da evidência tem grande desenvolvimento, a ideia da justa distribuição do tempo está bastante presente. Para Loïc Cadet, se o credor já provou a existência do fato constitutivo de seu direito, cabe ao réu demonstrar que essa obrigação é seriamente contestável*¹⁰⁶. Por outro lado, não havendo uma contestação séria, autoriza-se desde logo a realização antecipada do direito, nos termos do *référé provision* (art. 809, segunda parte, do Code de Procédure Civile).

Como se vê, a atividade probatória e a tutela da evidência tem uma forte vinculação. Para Flávio Yarshell e Helena Abdo, não é à toa que a palavra *evidence* em inglês significa prova. Não se trata de

mera coincidência pois a maioria das hipóteses legais dessa forma de tutela baseiam-se em prova documental. Exatamente por isso, uma vez comprovado o direito da parte, justifica-se a inversão do encargo decorrente do tempo necessário para o processo¹⁰⁷. A tutela da evidência pode ocorrer, inclusive, na fase recursal, consoante o Enunciado nº 423 do Forum Permanente de Processualistas Civis.

Note-se que o tratamento diferenciado para os direitos evidentes não é apenas uma questão de justiça, mas também da aplicação do princípio da isonomia. É o que já sugeria Vittori Denti¹⁰⁸. Isso porque, para se tratar de forma igual e paritária ambas as partes, não se pode atribuir apenas ao autor todo o ônus da espera da instrução processual¹⁰⁹. Não se pode, nessa medida, compreender o princípio da paridade de armas senão através da concessão de tratamento diferenciado para posições juridicamente distintas. Não se deve esquecer da crítica feita por Ovídio Baptista da Silva, há mais de vinte anos, quanto à sua deturpação: *o princípio da paridade de armas é uma espécie de darwinismo processual que se expressa através da outorga, a todos os litigantes, do procedimento ordinário, independentemente da maior ou menor verossimilhança de seus direitos*¹¹⁰. *Na verdade, o que se quer é um processo que realmente trate as partes com isonomia, considerando naturalmente as diversas cargas probatórias que elas apresentem.*

*Ainda que guardem diferenças procedimentais, há uma semelhança entre os institutos da tutela da evidência e o da ação monitória. Ambos tem o mesmo objetivo: propiciar ao autor, em virtude da alta probabilidade de procedência da sua pretensão, um célere acesso ao bem da vida*¹¹¹. *A lógica, portanto, é a mesma.*

*Além disso, a distribuição do ônus do tempo no processo por força da tutela da evidência tem um nítido caráter moralizador das relações jurídicas. É o que Cécile Chainais denomina de uma mutação funcional da tutela provisória*¹¹². *Tal orientação fica muito clara na explicação de Jacques Normand, para quem a proteção imediata do direito do autor é importante para moralizar as relações jurídicas,*

*promovendo a derrota daqueles que contam com a relutância do adversário em iniciar o processo e ainda com a lentidão inerente ao procedimento*¹¹³.

*Não há como negar esse intuito moralizar também no nosso sistema do Código de Processo Civil de 2015. Além do inciso I do art. 311 tratar da defesa abusiva de forma genérica, permitindo uma aplicação ampla do instituto, os demais incisos prestigiam a posição daquele que já detém a prova documental a seu favor. Além disso, as normas fundamentais (em especial os arts. 4º, 7º, 9 e 10) deixam claro que dentre os objetivos da nova lei estão justamente o tratamento paritário, dialógico e a busca de resultados. Daí porque a concepção da tutela da evidência é instrumento fundamental para combater o tempo, esse verdadeiro inimigo dos direitos*¹¹⁴.

4. CONVENÇÕES PROCESSUAIS E EVIDÊNCIA NEGOCIADA: QUEM DEVE SUPORTAR A DEMORA DA PROVA?

A ampliação da tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015¹¹⁵, com a criação de novas hipóteses legais, facilitou a antecipação dos direitos evidentes. Mas a mudança não tratou apenas do aumento de situações autorizadoras de sua incidência. Houve uma alteração no que diz respeito à forma de análise dos requisitos. Note-se que quase todos os incisos (com exceção do primeiro) tratam da concessão de tutela antecipada em face da existência de *prova documental*. Isso assegura uma maior objetividade¹¹⁶ na verificação do julgador e, conseqüentemente, traz uma força maior ao instituto. Além disso, a lei deixa claro o vínculo existente entre o ônus da prova e a concessão da tutela da evidência. Note-se que nos incisos II, III e IV do art. 311 há um ponto em comum: a demonstração documental dos fatos constitutivos do direito do autor e a fragilidade (já presente ou futura) dos argumentos do réu. Isso significa que o legislador, de forma correta, considerou que a parte que já se desincumbiu de seu ônus probatório não deve ter que aguardar o final do processo

para ver seu direito realizado. Não há como negar, portanto, o liame entre distribuição do ônus da prova e tutela da evidência.

Mas a grande questão que se coloca é se os negócios processuais¹¹⁷, especificamente aqueles que dizem respeito à prova, poderão ser utilizados para facilitar e até ampliar a aplicação da tutela da evidência. A resposta é positiva.

Apesar da autorização legislativa sobre ônus da prova, consoante o art. 373, § 3º e 4º, existe ainda muita polêmica quanto à admissibilidade de convenções processuais atípicas que limitem a matéria probatória. Destacam-se respeitáveis posições de um lado e de outro¹¹⁸. O principal argumento daqueles que são contrários à ideia baseia-se no fato de que tais negócios estariam regulamentando atividade do magistrado e interferindo nos critérios de julgamento¹¹⁹. Com muito bem observado, a própria indicação consensual do perito (art. 471) já repercute na atividade jurisdicional¹²⁰. Mas, o que gera grande polêmica é a vedação à colheita de determinadas provas pelo magistrado, causando verdadeira restrição à análise que deve anteceder o ato decisório.

Sem dúvida, os negócios jurídicos processuais, por envolverem a atuação do Estado-juiz, apresentam peculiaridades e exigem uma análise cuidadosa. Mas o que merece ser destacado é que as convenções sobre *ônus da prova* não impedem a iniciativa de produção de provas pelo magistrado¹²¹. Nesse ponto, há que se considerar o duplo objetivo do processo: resolver o conflito das partes e, ao mesmo tempo, fixar parâmetros de conduta futura. De forma bastante lúcida, sustenta Luiz Guilherme Marinoni que os deveres instrutórios do juiz vão muito além do mero objetivo de solução da controvérsia e por isso não se pode admitir restrições à essência da atividade jurisdicional¹²². Ou seja, ainda que estejam admitidos os negócios processuais sobre prova, os mesmos não deveriam vincular o magistrado. Adotando a mesma linha de raciocínio, Paulo Lucon também entende que as partes podem convencionar sobre provas, mas sustenta que tais convenções não

são suficientes para revogar os poderes instrutórios do juiz, conferidos pela lei¹²³.

Por outro lado, parte da doutrina defende o cabimento dos negócios sobre prova, concluindo que o magistrado deverá seguir os contornos dessa convenção, sob pena de negar eficácia a negócio jurídico válido¹²⁴. A convenção das partes sobre prova é também admitida por Eduardo Talamini, o qual faz uma importante distinção entre *ato de verdade* e *ato de vontade*. O primeiro seria o ajuste em que tanto as partes como o juiz reputam que determinada prova é suficiente para a demonstração dos fatos. Já o segundo reflete a situação em que, mesmo sabendo que tal prova possa ser insuficiente, as partes deliberam pela limitação probatória. Sustenta, então, que o pacto probatório como *ato de vontade* só é admissível em face de direitos materiais disponíveis¹²⁵.

Buscando um equilíbrio quanto à admissão de negócios processuais, Loïc Cadet destaca que o processo civil na França é considerado *coisa das partes*, assim como *coisa do juiz* e que o limite estaria no respeito às leis que regulamentam matéria de interesse público¹²⁶. Justamente por isso, quanto mais se tratar de colocar em causa as prerrogativas judiciais, menor será a liberdade negocial das partes¹²⁷. Segundo ele, os acordos processuais são o testemunho exemplar de que o processo não é obra exclusiva nem do magistrado, nem dos querelantes. Tanto no processo civil, como no procedimento arbitral, o modelo de um processo cooperativo é que tende a se desenvolver¹²⁸. Nessa linha, compete à doutrina equilibrar o interesse público e o interesse privado a fim de ampliar as possibilidades de negócios processuais¹²⁹. A propósito, Remo Caponi cita passagem da obra de Chiovenda quanto à necessidade de se colocar o direito processual civil em um território intermediário entre o direito público e o privado. Algo, segundo ele, ainda difícil, mas praticável¹³⁰.

De qualquer maneira, deve-se salientar que há uma marcante diferença entre a possibilidade de negócios processuais para a

limitação da prova e a viabilidade das convenções sobre direito evidente¹³¹. Neste último caso, o que está em jogo não é a restrição à atividade judicial mas, tão somente, a predeterminação sobre quem arcará com o ônus da espera pela instrução.

Desse modo, independentemente de toda a polêmica que envolve a restrição convencional das provas, não há dúvida que se devem admitir os negócios processuais que digam respeito à concessão da tutela da evidência. Isto porque é possível ampliar, mediante convenção processual, a previsão de provas autorizadas da tutela da evidência. Como se sabe, os incisos II, III e IV do art. 311 prevêem apenas a *prova documental*, o que restringe demasiadamente o instituto. Deve-se permitir, então, que as partes estabeleçam antecipadamente quais são as provas que autorizarão a análise da probabilidade do direito pelo juiz, permitindo assim a tutela antecipada. E isso em nada afetará a atividade cognitiva do magistrado, o qual poderá determinar a continuidade da instrução e concluir, diante de outras provas, pela revogação do provimento antecipatório.

A tutela de evidência negociada consiste, portanto, na possibilidade de convenção processual para agilizar a futura realização do direito mais que provável do autor. Para tanto, basta que, antes da ocorrência do litígio¹³², as partes estabeleçam quais serão as provas necessárias para uma possível antecipação do direito material, ampliando a previsão legal (prova documental). Observe-se que a probabilidade da existência do direito do autor continuará a ser aferida judicialmente, mas se dará mediante a utilização de determinadas provas preestabelecidas. Isso não afasta a continuidade da instrução, nem muito menos restringe o poder instrutório do magistrado. O que se permite na tutela da evidência negociada é que as próprias partes elejam previamente outras provas suficientes para um juízo de cognição sumária. Trata-se, simplesmente, de permitir uma divisão do ônus do tempo enquanto se aguarda a finalização da atividade probatória. Importante lembrar, nesse aspecto, o Enunciado nº 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual há indício de

vulnerabilidade no acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica.

Um exemplo permite deixar mais claro a aplicação dessa tutela da evidência negociada. Em determinado contrato, as partes podem prever que, para os fins de aplicação do art. 311 do Código de Processo Civil, sejam considerados como *prova suficiente* um laudo técnico ou ainda uma declaração escrita produzida por uma ou mais testemunhas. Tal previsão, evidentemente, não afasta a iniciativa probatória do magistrado, o qual poderá determinar a realização de futura prova pericial e audiência. Mas servirá para antecipar a satisfação do alegado direito da parte até que ocorram esses outros atos instrutórios.

Importante aqui recordar que *prova documental* exigida pela lei no art. 311, incisos II, III e IV é bastante restritiva e não se confunde com a *prova escrita* (que autoriza a ação monitória), nem tampouco com *prova documentada*, tais como os laudos técnicos ou as declarações colhidas em escritura pública¹³³ ou particular. Esses documentos apenas demonstram a colheita da prova (testemunhal ou pericial), mas não o fato em si mesmo. Isso porque não traduzem uma representação imediata do que realmente ocorreu. Há, nesses casos, uma necessária intermediação, quer pelas testemunhas, quer pelo perito judicial. O documento comprova apenas o que disseram as pessoas, não atesta a ocorrência do evento passado. Por sua vez, a prova documental é tecnicamente aquela em que o próprio fato é reconstruído, sem qualquer intermediação. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart deixam muito clara essa distinção ao referirem que tanto a prova testemunhal como a pericial são documentadas nos autos, o que todavia não as transforma em provas documentais¹³⁴.

Como se vê, a aplicação da tutela da evidência, tal como prevista pela lei é bastante restrita. Justamente por isso, é viável permitir a evidência negociada, isto é, a possibilidade de antecipação não urgente mediante a apresentação de *provas documentadas*, tais como declarações e laudos técnicos. E, a fim de

evitar maiores riscos, o magistrado pode aguardar a manifestação do réu (exercício do contraditório) para só então conceder essa forma de tutela. Assim, ainda que o fato não esteja suficientemente comprovado¹³⁵, esse início de prova já será suficiente para a satisfação do direito material. Haverá, portanto, uma inversão no dever de aguardar pelo tempo do processo. Cria-se uma presunção *juris tantum* da incontrovérsia¹³⁶.

A tutela da evidência negociada, por exemplo, pode ocorrer diante de um contrato de entrega de mercadoria fungível em que o inadimplemento parcial (por defeito ou contaminação do produto) venha a ser aferido por laudo particular de um perito previamente eleito pelas partes. Dessa forma, com a juntada do *parecer técnico* aos autos e após a manifestação da parte contrária, o juiz estará autorizado pela própria convenção processual a conceder a tutela da evidência (art. 311, IV) mediante ordem de pagamento, sob pena de multa diária (art. 139, IV). Tal providência será muito mais célere do que a decisão final, viável apenas após a instrução com a produção de prova pericial. E, diante das circunstâncias do caso concreto, poderá inclusive estimular um acordo, com a consequente extinção do processo.

Em suma, a prova documentada mediante declarações de testemunhas ou pareceres técnicos poderá ampliar significativamente as hipóteses de concessão de tutela da evidência, bastando para tanto que as partes estabeleçam previamente tal possibilidade mediante convenção processual. E o eventual risco por se adotar *prova documentada* ao invés de *prova documental* será facilmente absorvido pelos benefícios da antecipação do provável direito do autor. Afinal, vale repetir aqui a lição de Chiovenda: é mais importante que o processo se comporte a partir do que *geralmente acontece*, do que *conforme ao que efetivamente pode acontecer no caso concreto*¹³⁷.

5. CONCLUSÕES

Ao prever, a possibilidade de negócios processuais atípicos¹³⁸ e a distribuição diversa do ônus da prova por convenções das

partes¹³⁹, o Código de Processo Civil autoriza que o tempo de espera pela instrução seja contratualmente negociado. Com efeito, é possível que, antes mesmo do início de um litígio, os contratantes estabeleçam a admissão de outras provas (que não a documental *stricto sensu*)¹⁴⁰ para a concessão da tutela da evidência. Poder-se-á admitir, então, que as declarações por escrito de um certo número de testemunhas ou que um laudo técnico, de perito previamente eleito, amparem a análise do pedido de antecipação. Assim, além da prova exclusivamente documental, como preveem os incisos II, III e IV do art. 311, outras provas documentadas poderão ser utilizadas para a concessão da tutela da evidência.

O interessante é que a tutela da evidência negociada pode ser admitida inclusive por aqueles que não concordam com as convenções processuais sobre matéria probatória. Isto porque ela não limita a atividade instrutória do magistrado, que poderá prosseguir na colheita de provas e, posteriormente, concluir pela revogação da tutela. O que a convenção sobre evidência faz é tão somente permitir uma nova divisão do tempo de espera do processo. Uma vez demonstrado o fato constitutivo do direito do autor (conforme prova eleita anteriormente pelas partes) e estando presente também a inconsistência da defesa do réu, o juiz poderá decidir pela concessão da tutela da evidência. Ampliam-se, assim, as hipóteses legais de tutela antecipada não urgente.

A tutela da evidência negociada adota a mesma lógica da condenação com reserva do direito italiano¹⁴¹: permite a satisfação do provável direito do autor, postergando para uma segunda fase a análise de todas as exceções inconsistentes do réu. Caso ela se torne uma realidade na prática do direito brasileiro, poderemos vir a ter *nosso próprio tempo*¹⁴².

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o Projeto do Novo CPC*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CADIET, Loïc; NORMAND Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. 2^{ème} édition, Paris: Thémis droit, 2013.

CADIET, Loïc. *Code de Procédure Civile 2015*, vingt-huitième édition, Paris: LexisNexis, 2015.

_____. La qualification juridique des accords processuels. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

_____. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *RePro*, v. 160, jun.2008.

CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. *RePro*, v. 228, fev.2014.

CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris: Dalloz, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1942.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O “direito vivo” das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COUTURE, Eduardo J. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Montevideo: Imprensa Uruguaya, 1945. Exposição de motivos, capítulo II, § 1º, n. 10, p. 37 apud NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com a análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DENTI, Vittorio. *Um progetto per la giustizia civile*. Apud MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. v. 1, abr-jun 2016.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 8. ed., rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). In: *Negócios processuais*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

_____. *Negócios processuais sobre ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do art. 273 do CPC de 1973 e a entrada em vigor do novo CPC. In: BUENO,

Cássio Scarpinella (coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; CABRAL, Antonio do Passo e CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ano novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de e PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *RePro*, v. 241, mar.2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 369 ao 380*. v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SCARSELLI, Giuliano, *La condanna con riserva*. Milano: Giuffrè, 1989.

SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>. Acesso em: 29 dez 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo*, v. 66, abr/jun. 1992.

VARGAS, Jorge de Oliveira. A garantia fundamental contra a demora nos julgamentos. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. v. 2. 16. ed, reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz e ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. In: BUENO, Cássio Scarpinella (coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

[67] Nesse sentido, é bem pertinente a crítica de que o legislador deveria ter utilizado a expressão *perigo na demora* para caracterizar a urgência.

(MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 231 e 232).

[68] Saliente-se que mesmo na hipótese do inciso I do art. 311, ou seja, abuso do direito de defesa, é necessária a probabilidade do direito do autor para a concessão da tutela da evidência. Não basta a mera defesa abusiva ou protelatória.

[69] MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333*. v. 4 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 226.

[70] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 630.

[71] MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 135 e 136.

[72] A principal distinção entre essa tutela cautelar na França e os sistemas brasileiro e italiano consiste no fato de se tratar de uma jurisdição específica, diversa daquela encarregada de decidir o mérito. O juiz do *référé* é pessoa distinta do juiz da ‘questão de fundo’. Sua atuação limita-se a examinar a situação de urgência para o fim de conceder, ou não, uma medida cautelar provisória, enquanto não for proferida uma decisão no processo principal. Tal atribuição é considerada tão importante que a função normalmente é desempenhada pelo próprio Presidente do tribunal que detém a competência para o exame da matéria, ou, ainda, por outro juiz por ele designado.

[73] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 632).

[74] O termo utilizado pelo Code de Procédure Civile francês é obrigação não seriamente contestável: Art. 809, segunda parte: “Dans les cas où l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier ou ordonner l’exécution de l’obligation même s’il s’agit d’une obligation de faire » (CADIET, Loïc. *Code de Procédure Civile* 2015. Vingt-huitième édition, Paris: LexisNexis, 2015, p. 623).

[75] A propósito, vide MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333*. v. 4 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 227.

[76] MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 165 e 166.

[77] CF, art. 5º, LXXVIII. “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo, e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

[78] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 335.

[79] “Pois como o objetivo comum dessas várias formas de restrição à cognição ordinária é a antecipação da execução, assim lhes dei, a essas medidas fundadas numa cognição incompleta, o nome de *declarações com predominante função executiva*. Objetou-se que o nome é impróprio, porquanto uma declaração que não produza certeza jurídica não é declaração. Isso é exato; mas também a certeza pode ter graduações. E, de outra parte, a palavra declaração aqui é tomada no sentido (registrado pelos léxicos) de operação destinada a uma verificação qualquer que se queira, mesmo não produtora de certeza jurídica (...)”.(CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1942, 1942, p. 337).

[80] SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 196.

[81] TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo*, v. 66, abr/jun. 1992, p. 72 a 78.

[82] Três são os critérios para a verificação da indevida dilação processual: a) complexidade do assunto; b) comportamento dos litigantes; e c) atuação do órgão jurisdicional. (TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilatações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo*, v. 66, abr/jun. 1992, p. 72 a 78).

[83] VARGAS, Jorge de Oliveira. A garantia fundamental contra a demora nos julgamentos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 343.

[84] “Por outra parte es menester recordar que en el procedimiento el tiempo es algo más que oro: es justicia”. (COUTURE, Eduardo J. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Montevideo: Imprenta Uruguaya, 1945. Exposição de motivos, capítulo II, § 1º, n. 10, p. 37 apud NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com a análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 315).

[85] “Em qualquer caso, convém recordar que tanto a presença dos fatos constitutivos quanto a ausência dos impeditivos são igualmente necessárias à existência do direito. Situar, porém, uma circunstância entre os fatos constitutivos ou a circunstância oposta entre os impeditivos, encerra importância praticamente enorme no tocante ao conceito da exceção e à repartição, entre as partes, do ônus de afirmar e do ônus de provar”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 34).

[86] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do art. 273 do CPC de 1973 e a entrada em vigor do novo CPC. In: BUENO, Cássio Scarpinella (coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 234.

[87] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 440.

[88] “Le principe est que la charge de la preuve pèse sur la partie qui exprime une prétention en demandant au juge de se prononcer sur son bien-fondé : *Actori incumbit probatio*, que ce soit para voie d’action (ex. Art. 1315, al 1 C.civ) ou par voie d’exception (ex. Art. 1315, al. 2 C civ.)”. (CADIET, Loïc; NORMAND Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. 2^{ème} édition, Paris: Thémis droit, 2013, p. 852).

[89] MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 226 e 227.

[90] A propósito, Bruno Bodart esclarece que o “exemplo de condenação com reserva de exceções costumeiramente referido pela doutrina italiana é a chamada *ordinanza provvisoria di convalida di sfratto* (decisão provisória de ratificação de despejo), também denominada *ordinanza di rilascio com riserva*, prevista no art. 665 do *Codice di Procedura Civile* italiano”. (BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o Projeto do Novo CPC*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 117).

[91] Vide SCARSELLI, Giuliano. *La condanna con riserva*. Milano: Giuffrè, 1989.

[92] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 341).

[93] Esse é o conceito apresentado por Paulo Osternack Amaral, para quem a definição de ônus “traz consigo a ideia de risco, na medida em que se o onerado não exercer a sua faculdade assumirá o risco de um resultado contrário aos seus interesses”. (AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 45).

[94] Apesar da noção doutrinária sobre “ônus imperfeito”, Vitor de Paula Ramos demonstra com bastante propriedade que sem a previsão de algum resultado, perde ele sua normatividade, deixando de ser um *ônus jurídico* em sentido técnico. (RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 67).

[95] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. v. 2. 16. ed, reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 236.

[96] “Fala-se em um princípio de comunhão da prova (também chamado de princípio da aquisição da prova). E é exatamente por conta disso que, no art. 371, se estabelece que a prova será apreciada pelo juiz ‘independentemente do sujeito que a tiver promovido’”. (CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 231).

[97] Art. 2698. Patti relativi all’onere della prova. Sono nulli i patti com i quali è invertito ovvero é modificato l’onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l’inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l’esercizio del diritto.

[98] A respeito dos limites negociais acerca da atividade probatória, vide AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 144.

[99] BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o Projeto do Novo CPC*. 1. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 152.

[100] A denominação tutela da evidência, adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, já havia sido empregada por Luiz Fux em trabalho voltado para o concurso acadêmico de titularidade na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, em 1994.

[101] Observe-se que se houver alguma dúvida a respeito da existência do fato constitutivo do alegado direito do autor (mediante a alegação de falsidade do documento, por exemplo) não caberá a tutela da evidência. A propósito, assim defendia Chiovenda em relação à condenação com reserva do Direito italiano. Vide CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1942, p.352.

[102] “Sob o ângulo civil, o direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria”. (FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 311).

[103] COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O “direito vivo” das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

[104] COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O “direito vivo” das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

[105] “O decurso do tempo diante do direito evidente sem resposta por si só representa uma “lesão”. Ademais, a fórmula constitucional foi ditada para “entrar em ação” tão logo descumprido o direito objetivo. Assim, desrespeitado o direito evidente, incide a garantia judicial, que variará na sua efetivação conforme a demonstração da lesão seja evidente ou duvidosa”. (FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 309).

[106] “...Mais s’il appartient au demandeur à une provision d’établir l’existence de la créance qu’il invoque, c’est au défendeur à prouver que cette créance est sérieusement contestable”. (CADIET, Loïc. *Code de Procédure Civile 2015*, vingt-huitième édition, Paris: LexisNexis, 2015, p. 636).

[107] YARSHELL, Flávio Luiz e ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. In: BUENO, Cássio Scarpinella (coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 455.

[108] “Tratar um direito evidente e um direito não evidente de igual forma é tratar da mesma maneira situações desiguais”. (DENTI, Vittorio. *Um progetto per la giustizia civile*. p. 259 e ss. apud MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 396).

[109] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 231.

[110] SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed, rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 207.

[111] BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o Projeto do Novo CPC*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 149).

[112] “L’avènement de cette condition d’un fumus boni juris particulièrement renforcé, allié à l’éviction de la condition de l’urgence, correspond à une mutation fonctionnelle de la protection juridictionnelle provisoire : fondamentalement, le référé-provision est au service d’une fonction de moralisation des relations juridiques entre débiteur et créancier”. (CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris: Dalloz, 2007, p. 516, tradução livre).

[113] “Comme l’écrit M. Jacques Normand, ce qui caractérise le référé-provision, ‘ce n’est pas seulement le souci d’ouvrir une voie de déstagement afin d’éviter l’encombrement des tribunaux. C’est d’abord la volonté d’assurer la protection immédiate du créancier et, par-delà, de moraliser les relations juridiques en déjouant les calculs de ceux qui, malgré l’évidence de leur dette, comptent sur la répugnance de l’adversaire à engager un procès et sur les lenteurs inhérentes à toute procédure, pour retarder une échéance qu’ils doivent pourtant savoir inéluctable » (CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris: Dalloz, 2007, p. 516, tradução livre).

[114] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 8. ed., rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 256.

[115] No sistema do Código de 1973, a tutela da evidência limitava-se a uma previsão genérica que permitia a antecipação quando houvesse *abuso do direito de defesa* ou *manifesto propósito protelatório do réu*. Tal regra foi mantida no Código de 2015, no inciso I do art. 311. Ocorre, contudo, que o instituto teve pouquíssima aplicação prática ao longo desses últimos vinte anos, o que pode ser atribuído à resistência do Poder Judiciário em reconhecer o fator subjetivo da abusividade, a intenção da parte. A ampliação do instituto no novo Código poderá afastar essa resistência diante da criação de situações objetivas a permitir a antecipação como, por exemplo, a existência de prova documental aliada à tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante; contrato de depósito também documentalmente comprovado e prova documental dos fatos constitutivos sem que o réu consiga fazer prova a gerar dúvida razoável.

[116] Não se depende mais da análise subjetiva quanto à conduta abusiva.

[117] Segundo Fredie Didier Junior, o negócio processual é o “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”. (DIDIER JR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. v. 1, abr-jun 2016, p. 59-84).

[118] A respeito das convenções processuais sobre prova, conferir GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). In: *Negócios processuais*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

- [119] A propósito, Robson Godinho que tem posição favorável aos negócios processuais sobre prova, destaca as relevantes razões da resistência da doutrina. (GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). In: *Negócios processuais*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 411).
- [120] GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). In: *Negócios processuais*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 412.
- [121] MACÊDO, Lucas Buril de e PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *RePro*, v. 241, mar 2015, p. 463-487.
- [122] MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 369 ao 380*. v. 6 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 145.
- [123] LUCON, Paulo Henrique dos Santos; CABRAL, Antonio do Passo e CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ano novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 575.
- [124] Paulo Osterneck Amaral destaca que há campo fértil para o negócio processual na esfera probatória. Para ele, é possível que o negócio disponha, por exemplo, que: “(i) somente será admissível a produção de prova documental; (ii) caberá todos os meios de prova, exceto a prova pericial; (iii) não caberá audiência, de modo que os depoimentos deverão ser documentados extrajudicialmente e então ser trazidos aos autos, ...” (AMARAL, Paulo Osterneck. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p 143). Beclaute Oliveira Silva, por sua vez, embora afirme que o negócio jurídico não vincula o magistrado que não participou do acordo, sustenta que a análise judicial sobre o fato jurídico deve ocorrer dentro dos contornos do que foi estipulado pelas partes. (SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). In: *Negócios processuais*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 402 e 403).

[125] TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>. Acesso em: 29 dez 2016.

[126] “Dès lors que le procès civil est conçu comme la chose des parties tout autant que celle du juge, il est permis de considérer que les règles processuelles peuvent être conventionnellement aménagées dans la limite ‘des lois qui intéressent l’ordre public’ selon la disposition de l’article 6 du Code civil français.” (CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). In: *Negócios processuais*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 95).

[127] “Mais ici, la liberté contractuelle va s’exercer moins pleinement que dans les hypothèses précédentes car l’institution judiciaire est alors concernée, dans son organisation ou son fonctionnement” (CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. In: *RePro*, v. 160, jun 2008, p. 61-82).

[128] CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). In: *Negócios processuais*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 95 e 103, tradução livre.

[129] ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). In: *Negócios processuais*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 246.

[130] CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. In: *RePro*, v. 228, fev 2014, p. 359.

[131] Explica-se: ainda que as partes deliberem sobre o que será considerado prova suficiente para a concessão da tutela da evidência, tal deliberação não impede o prosseguimento da instrução e a ampla atividade probatória do juiz. Ela apenas autoriza uma melhor distribuição do tempo de espera.

[132] Apesar da viabilidade de negócio processual durante o trâmite do processo, no caso da tutela da evidência seria pouco provável o interesse de um ajuste após iniciada a demanda.

- [133] Como exceção, a ata notarial, ou seja, a declaração prestada pelo notário no exercício de sua condição pública, constitui prova documental pois serve para atestar os fatos que ocorreram em sua presença (art. 384 do CPC, art. 6º, III e art. 7º, III da Lei nº 8.935/94).
- [134] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 610.
- [135] Vale lembrar que a tutela da evidência após a manifestação do réu só se justifica quando houver a continuidade da instrução. Isto porque, se não houver novas provas a serem produzidas, o caso será de julgamento antecipado do mérito (art. 355, I) e não de concessão de tutela da evidência.
- [136] ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 263.
- [137] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 335.
- [138] Art. 190 do Código de Processo Civil.
- [139] Art. 373 do Código de Processo Civil
- [140] Observe-se que o art. 311 se refere apenas à prova documental, o que não abrange todas as outras provas que podem ser documentadas. A propósito, Luiz Guilherme Marinoni já admite a hipótese de prova documentada em relação ao inciso IV do art. 311, pois caso o dispositivo se limitasse a documento, não haveria motivo em se cogitar de contraprova capaz de gerar dúvida razoável. (MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 369 ao 380*. v. 6 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 256).
- [141] Vide Giuliano Scarselli, *La condanna con riserva*. Milano: Giuffrè, 1989.
- [142] Como diz a bela letra da canção *Tempo Perdido*, de autoria de Renato Russo.